Die Einwirkung gesetzlicher Verbote auf vorher begründete Vertragspflichten.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Paul von Tempski
Referendar.

1908.
Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung
Breslau.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Herb. Meyer.**
Korreferent: Professor Dr. **Schott.**

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 7

I. Abschnitt.

§ 2. Begriff des gesetzlichen Verbots 9

II. Abschnitt.

§ 3. Kann ein nach Abschluß eines Vertrages erlassenes Gesetz insb. gesetzliches Verbot auf bereits begründete Vertragsrechte überhaupt einen Einfluß ausüben? 12

III. Abschnitt.

1. Kapitel.

§ 4. Die Wirkung des in Frage stehenden Verbots charakterisiert sich logischerweise nach den Grundsätzen vom casus und der unverschuldeten, nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung. . 22

2. Kapitel.

§ 5. Arten der Unmöglichkeit der Leistung 25

IV. Abschnitt.

Der Einfluß der kasuellen Unmöglichkeit nach gemeinem Recht.

1. Kapitel.

Verträge im allgemeinen, insbesondere einseitige 29

§ 6. Totale Unmöglichkeit 29

§ 7. Teilweise Unmöglichkeit 30

§ 8. Ersatzleistungen 30

§ 9. Verträge mit alternativem Leistungsinhalt 32

§ 10. Verträge mit generellem Leistungsinhalt 33

2. Kapitel.

Gegenseitige Verträge 35

§ 11. Kauf (emptio-venditio) 35

§ 12. Miete (locatio-conductio) 42

§ 13. Teilweise Unmöglichkeit 43

Seite:

V. Abschnitt.

Der Einfluß der nachfolgenden, nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht

1. Kapitel.

Verträge im allgemeinen, insbesondere einseitige 44
§ 14. Totale Unmöglichkeit 44
§ 15. Teilweise Unmöglichkeit 46
§ 16. Ersatzleistungen 47
§ 17. Verträge mit alternativen Leistungsinhalt 49
§ 18. Verträge mit generellem Leistungsinhalt 51

2. Kapitel.

Gegenseitige Verträge 52
§ 19. Totale Unmöglichkeit 52
§ 20. Teilweise Unmöglichkeit 53
§ 21. Ersatzleistungen 55

VI. Abschnitt.

§ 22. Der Vertrag als solcher erlischt nicht 56
§ 23. Prozessuales 59

§ 1.

Einleitung.

Das objektive Recht ist der Inbegriff aller derjenigen Normen, die den Willen des Einzelnen bestimmen und begrenzen, es regelt das äußere Verhalten der Menschen zu einander oder es ist, wie Kohler sich ausdrückt, die durch die soziale Natur des Menschen in sozialer Weise gegebene Zwangsordnung der menschlichen Lebensverhältnisse. Eine solche Zwangsordnung ist notwendig, weil der Mensch ein mit Freiheit des Willens ausgestattetes Wesen ist und das Bedürfnis hat, mit anderen Menschen zusammenzuleben. Er ist ein ζῷον πολιτκόν und kann seinen Lebenszwecken nur dann genügen, wenn er mit seinen Mitmenschen in bestimmte Beziehungen tritt. Diese Beziehungen würden aber beim Mangel einer den Willen des Menschen bestimmenden und begrenzenden Ordnung nicht möglich sein, da es einen Zustand idealer Anarchie, in welchem die Menschen ihren Willen mit Rücksicht auf die Nebenmenschen beschränken würden, in Wirklichkeit nicht gibt. Nur eine Wirkung des objektiven Rechts ist das sogenannte subjektive Recht, d. h. die dem Einzelnen durch das objektive Recht gegebene Befugnis (facultas agendi), seine Lebensverhältnisse und Lebensinteressen in vernünftiger Weise zu ordnen und zu befriedigen. Das Recht (im objektiven Sinne) unterliegt, weil es der Niederschlag des Volksgeistes, die Verkörperung des allgemeinen Willens des Volkes ist, und eben dieser nicht konstant ist, dem Wechsel.

Zu verschiedenen Zeiten gilt verschiedenes Recht, und zu verschiedenen Zeiten wird die Gesetzgebung von verschiedenen Grundsätzen geleitet. Was heute rechtlich erlaubt ist, kann morgen rechtlich verboten sein. Nun sind aber die rechtlich geordneten Lebensverhältnisse, die Rechtsverhältnisse im juristischen Sprachgebrauch, in zahlreichen Fällen für die Dauer geschaffen, oder ihre Wirkungen äußern sich erst in einer späteren Zeit. Abgesehen von den Barkäufen des täglichen Lebens wird z. B. besonders in moderner Zeit recht selten dem Vertragsabschlusse unmittelbar die Erfüllung folgen. Neues Recht und neue Gesetze werden daher immer beim Beginn ihrer Geltung einen zur Zeit des alten Rechts entstandenen Rechtszustand vorfinden und einen gewissen Einfluß auf diesen ausüben.

Im folgenden haben wir uns daher zur Aufgabe gemacht, diesen Einfluß für den konkreten Fall, daß ein nach Abschluß eines Vertrages erlassenes Gesetz die Erfüllung verbietet, zu charakterisieren.

1. Abschnitt.

Begriff des gesetzlichen Verbots.

§ 2.

Allgemein stellt man die beiden Quellen des Rechts: Gewohnheitsrecht und Gesetz in einen Gegensatz zu einander. Über den Begriff des Gewohnheitsrechts bestehen verschiedene Auffassungen und seine Entstehung wird verschieden erklärt und begründet.

Da uns der Begriff des Gewohnheitsrechts und sein Entstehungsgrund nur vom Gesichtspunkte seines Gegensatzes zum Gesetze aus interessiert, möge ein kurzes Hindeuten hierauf genügen. Nach der l. 22. D. de leg. 1, 3 sollte der tacitus consensus populi dem suffragium gleichstehen, also stillschweigende Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt Entstehung und Geltung des Gewohnheitsrecht begründen. Später glaubte man in der fortgesetzten Übung den Geltungsgrund gefunden zu haben, indem man sich auf die bekannte c. 11. X. de consuet. 1, 4 stützte. Demgegenüber stellte die historische Schule[1]) die sog. germanistische Theorie auf, welche in der fortgesetzten Übung nur die beste Erkenntnisquelle erblickte, für den Entstehungsgrund aber die Rechtsüberzeugung des Volkes ansah. Die modernen[2]) wissenschaft-

---

[1]) Puchta, Gewohnheitsrecht 1837; v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, Berlin 1849, S. 76; ferner Dahn; v. Gerber; Stobbe.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, § 20, ebenso: Windscheid; Wächter; Beseler.

lichen Lehren verbinden die beiden letztgenannten Momente miteinander. Bloße Rechtsüberzeugung kann keine Rechtssätze schaffen und bloße Übung ohne opinio iuris sive necessitatis erzeugt höchstens Geschäftsgebräuche, Usancen u. ä., aber kein Recht.

Darin aber stimmen alle Auffassungen überein, daß Gewohnheitsrecht nicht direkt vom Staate oder dessen Organen gegeben wird, daß es vielmehr ungesetztes Recht ist. Der Gegensatz hierzu liegt auf der Hand: Das gesetzte Recht oder das Gesetz (im weiteren Sinne).

Gesetz ist nach der herrschenden Meinung[1]) jede Satzung oder Setzung eines verbindlichen objektiven Rechtssatzes. Es fallen demnach unter diesen Begriff:

a) alle Gesetze im engeren Sinne, d. h. alle diejenigen Rechtsnormen, welche von der höchsten Staatsgewalt[2]) gesetzt werden und

b) diejenigen Rechtsnormen, welche von andern im Staate dazu berechtigten Gewalten, den sog. „beschränkten Gesetzgebungsgewalten“[3]) wie Behörden, Körperschaften (Wassergenossenschaften, Knappschaftskassen u. a. m.), kommunalen Verbänden, dem hohen deutschen Adel, den regierenden und souveränen Häusern usw. ausgehen.

Die unter b) bezeichneten Rechtsnormen bilden die sog. autonomischen Satzungen, welche von der sog. Privatautonomie, die kein objektives Recht schafft, sondern die selbstverständliche Befugnis darstellt, Rechtsverhältnisse zu begründen, scharf zu trennen ist. Letztere hat mit der Gesetzgebung nicht das geringste zu tun und erstere müssen deswegen dem weiteren Begriff des Gesetzes subsumiert werden, weil sie das

---

[1]) Vgl. Laband, Budgetrecht, S. 3ff. und Bruns in Holtzendorffs Encyklopädie. 2. Aufl., S. 320.

[2]) Deswegen, weil der moderne Staat für bestimmte Materien einen bestimmten Weg der Gesetzgebung vorschreibt, hat sich die Unterscheidung von materiellen und formellen Gesetzen gebildet, eine Unterscheidung, die für unsere Betrachtung bedeutungslos ist.

[3]) Vgl. Holtzendorffs Encyklopädie, Leipzig 1890.

wesentlichste Moment des Begriffs, die objektive Verbindlichkeit, mit den Gesetzen im engeren Sinne teilen. Daß die autonomischen Satzungen der Zulassung oder Bestätigung des Staates bedürfen, ändert an ihrem Wesen[1]) als Gesetze nichts, kommt vielmehr nur für ihre Kraft und Dauer in Betracht.

Das Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat den Begriff des Gesetzes noch erweitert: Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm (Art. 2 E. G. des B. G. B.).

Es macht keinen Unterschied, ob die Quelle des Rechts Gesetz in jenem engeren Sinne, Autonomie oder Gewohnheitsrecht ist, sondern verlangt für den Begriff Gesetz nur die Satzung von Recht.[2])

Diese Begriffsbestimmung muß zugrunde gelegt werden bei der Definition des gesetzlichen Verbots, welches doch nur eine Unterart des Gesetzes an sich ist.

Um den Begriff des gesetzlichen Verbots zu umgrenzen, genügt es nicht zu sagen: Verbotsgesetze sind diejenigen Gesetze, die nach ihrem Wortlaute ein Verbot aussprechen. Offenbar ist diese Begriffsbestimmung zu eng. Die alte und insbesondere die neue Gesetzestechnik bedient sich noch anderer Mittel, um die Verbotsabsicht zum Ausdruck zu bringen. Je vollkommener die juristische Technik sich entwickelt hat, desto weniger legt sie auf die verbietende Form den Nachdruck, als sie vielmehr den Geist und den Zweck des Gesetzes sprechen läßt. Der Inhalt des Gesetzes selbst ist also das Entscheidende für die Begriffsbestimmung.

---

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, I. Band, Halle 1906, S. 56. Die Bestätigung ist eine Verwaltungs-, keine Rechtssetzungshandlung des Staates. Vgl. R. G. E. Bd. XXIII, Nr. 5.

[2]) Vgl. Laband a. a. O.; Bruns a. a. O.

2. Abschnitt.

Kann ein nach Abschluß eines Vertrages erlassenes Gesetz insbes. gesetzliche Verbot auf bereits begründete Vertragsrechte überhaupt einen Einfluß ausüben?

§ 3.

Die Frage, ob ein nach Abschluß eines Vertrages erlassenes Gesetz insbes. gesetzliche Verbot auf die bereits begründeten Vertragsrechte einen Einfluß ausüben kann, ist gleichbedeutend mit der Frage, ob die zu beurteilenden Tatsachen dem neuen Gesetze unterzuordnen sind, oder ob bei ihrer Beurteilung das ältere Recht, unter welchem sie begründet sind, zugrunde gelegt werden muß.

Die älteste diese Frage behandelnde gesetzliche Bestimmung ist die von Theodosian und Valentian aus dem Jahre 400 v. Chr. G. Die römischen Kaiser bezeichnen es als einen selbstverständlichen (certum est)[1]) Vernunftsatz, daß neue Gesetze auf Rechtsgeschäfte, deren Wirkungen erst in der Zukunft liegen, nur dann angewendet werden dürfen, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist; im andern Fall richten sich die Wirkungen der unter der Herrschaft des älteren Gesetzes entstandenen aber zur Zeit des neuen Gesetzes noch nicht oder nicht ganz erfüllten Rechtsgeschäfte nach dem älteren Gesetz. Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cantum sit (C. I. 14, 7). Durchdrungen von der Wahrheit dieses Satzes hat Cicero in seiner fulminanten Rede gegen Verres, der diese Regel verletzt hat, mit besonderem Nachdruck hervorgehoben: De iure civili si quis novi quid instituit is

---

[1]) Mit Recht schließt v. Savigny a. a. O. S. 394 aus dem „certum est“ auf die Präexistenz dieser Grundregel.

omnia quae ante acta sunt, rata esse patitur.[1]) Auch im alten deutschen Rechte, bereits in fränkischer Zeit, ist dieser Grundsatz anerkannt und niemals wieder preisgegeben worden.[2]) Mit dem Wiederaufblühen des römischen Rechts haben die Glossatoren diese Rechtsregel aufgenommen und wir begegnen ihr auch in neueren Gesetzbüchern. So sagt das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten: Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden (I, 1, § 14). Das Publikationspatent vom 5. Februar 1794 erklärt im § XI ausdrücklich: Es sind daher insonderheit alle Verträge, welche vor dem 1. Junius 1794 errichtet, sowohl (ihrer Form) dem Inhalte nach, als in Ansehung der daraus entstehenden rechtlichen Folgen nur nach den zur Zeit des geschlossenen Kontrakts bestandenen Gesetzen zu beurteilen, wenngleich erst später auf Erfüllung, Aufhebung oder Leistung des Interesse aus einem solchen Kontrakte geklagt würde. Dieselben Bestimmungen enthalten das Öſtr. B. G. B. im § 5 und das Sächs. B. G. B. in § 2 und epigrammatisch erklärt der Art. 2 des code civil: La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif, was das Bad. Landrecht in wörtlicher Übersetzung wiedergibt. Eine gleiche Vorschrift enthält die Norwegische Verfassung im § 97 und die der Vereinigten Staaten von Nordamerika in Art. 1. Absch. 9.

Obgleich dieser Grundsatz, oder gerade deswegen, weil er Gemeingut aller zivilisierten Staaten geworden ist, brauchte ihn das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich zu betonen. Aber noch andere Gründe rechtfertigen das Fehlen dieser Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuch. Das allgemeine Verbot der Rückwirkung, wie es in der Partikulargesetzgebung enthalten ist, ist, wie die Motive[3]) hervorheben, nach seinem Inhalt

[1]) Cicero. In Verrem II, 1; 42.

[2]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B. G. B. für das D. R. Jena 1899.

[3]) Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsch Reich. Bd. I, S. 19ff.

und seiner Bedeutung keineswegs klar und Mißdeutungen und Ueberschätzungen seiner Tragweite ausgesetzt. Dem praktischen Bedürfnis entsprechend hat aber das Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Art. 170 bestimmt, daß für Schuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden sind, die bisherigen Gesetze maßgebend sein sollen. Der enge Zusammenhang mit ihrem Entstehungsgrund ergibt, daß ein Schuldverhältnis von denjenigen Gesetzen beherrscht wird, die zur Zeit der Verwirklichung des ihm zugrunde liegenden Tatbestandes bestehen (Motive a. a. O. S. 225 ff.).

Ist nun dieser Grundsatz auch zum allgemeinen Prinzip erhoben worden, so folgt daraus nicht, daß sich der Staat bezw. die gesetzgebenden Faktoren dadurch selbst beschränkt haben und Gesetze mit sog. rückwirkender Kraft nicht erlassen können.

Eine solche Selbstbeschränkung wäre ebenso unwirksam, wie eine Unveränderlichkeitserklärung des Gesetzes. Gesetz ist nur der Ausdruck, die äußere Form des Rechts, und mit diesem dem Wechsel unterworfen, weil die Urquelle des Rechts nicht konstant ist und sein kann. Verschiedenen Zeiten entsprechen verschiedene Rechtsideale und üben je nach ihrer Kraft einen Einfluß auf die Gesetzgebung nach vorwärts und rückwärts aus, so daß auch wohlerworbene Rechte ihrer Wirkung erliegen. Ethische und religiöse Anschauungen, soziale und wirtschaftliche Interessen, historische Ereignisse und politische Tendenzen zwingen den Gesetzgeber oft von dem allgemeinen Grundsatz, wohlerworbene Rechte bestehen zu lassen, abzuweichen. Ein Blick in die Praxis zeigt, wie oft der Gesetzgeber von dieser Befugnis Gebrauch gemacht hat. Einige den verschiedenen Zeiten angehörige Beispiele mögen hier genügen:

Im Jahre 528 hatte Justinian (l. 26. C. de usuris [6, 32]) verordnet, daß der bis dahin erlaubte höchste Zinsfuß von 12 Prozent auf 6 Prozent herabgesetzt sein solle und ein Jahr darauf (l. 27 das.) ausdrücklich erklärt, daß die Absicht des

Gesetzes vom Jahre 528 dahin gehe, auch schon vor dem Gesetze geschlossene Zinsverträge auf das neue gesetzliche Zinsmaximum zu reduzieren, mit Ausnahme jedoch der schon vor dem Erlaß des Gesetzes fälligen Zinsen.

In großem Umfange sind bei der Auflösung des heiligen römischen Reichs deutscher Nation und in der Bewegung der Jahre 1848/49 wohlerworbene Privatrechte (Leibeigenschaftsrechte, Jagdrechte, Zwangs- und Bannrechte u. a.) aufgehoben worden.

Da aber der Erlaß eines Gesetzes mit sogenannter rückwirkender Kraft immerhin eine Ausnahme von allgemeinen Prinzip ist, muß diese Kraft entweder ausdrücklich festgelegt sein oder mit rechtlicher Notwendigkeit aus dem Gesetze interpretiert werden können.[1][2]

Wie steht es mit den Verbotsgesetzen? Machen diese eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip, oder fallen sie auch unter obige Regeln?

Savigny, Borst und Hüttner[3]) haben sich entschieden gegen die Einwirkung der Prohibitivgesetze auf frühere Verträge ausgesprochen. Auch neue Prohibitivgesetze sollen die rechtlichen Wirkungen früher geschlossener Verträge nicht ändern können.

---

[1]) Z. B. wenn ein Rechtsinstitut völlig zerstört werden soll (Gierke. a. a. O. I. S. 194; R. G. E. Bd. XXXX S. 99.) Nach v. Savigny soll eine Rückwirkung nur stattfinden bei Rechtssätzen, welche über das „Dasein“ der Rechte (Sein- oder Nichtsein, So- oder Anderssein) handeln, nicht aber bei denen, die den Erwerb der Rechte betreffen; vgl. ferner: Borst, Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse, 1814; Hüttner, Über die rückwirkende Kraft der Gesetze, 1817; Unger, System des östr. allg. Privatrechts, 1863; Bergmann, Das Verbot, der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze ein Privatrecht, 1818.

[2]) vgl. R. G. E. Bd. XXXX S. 314; Juristische Wochenschrift 1898, S. 665; ferner Art. 163, 169, 171 E. G. B. G. B.

[3]) v. Savigny a. a. O., Borst, Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse, Bamberg, 1814; Hüttner, Über die rückwirkende Kraft der Gesetze; zur Erläuterung des § 35 des östr. B. G. B., Wien-Triest, 1817.

Allein hiergegen äußert sich Schmid[1]) in seiner Argumentation sehr bestimmt. Die rechtlichen Wirkungen eines obligatorischen Verhältnisses sollen von dem Momente an, wo sie durch ein neues Gesetz anders geregelt werden, stets nach den Normen dieses Gesetzes beurteilt werden.

Einen Mittelweg zwischen diesen beiden konträren Ansichten hat Weber[2]) eingeschlagen, indem er behauptet, daß dann, wenn das Gesetz etwas als „gemeinschädlich" nicht gestattet, „dessen Verbot also zunächst und unmittelbar die Beförderung des öffentlichen Interesse beabsichtigt", die Erfüllung eines vorher schon erworbenen Rechts einer fällig gewordenen Schuld nicht gefordert werden kann. Beruhe dagegen das gesetzliche Verbot auf „billiger Berücksichtigung des Parteiinteresse des Einzelnen", so sollen neue derartige Forderungen zwar nicht mehr entstehen können, alte aber aufrecht erhalten bleiben.

Diese Unterscheidung ist nicht genügend begründet und mit ihr ist für die Praxis nichts anzufangen. Wo und wann liegt ein Einzelinteresse vor, wo und wann ein Gesamtinteresse?

Pfaff und Hoffmann[3]) haben in einer anderen Unterscheidung ein durchschlagendes Prinzip gesucht, indem sie dem „Verbieten einer Leistung", die das Gesetz für unsittlich, gefährlich oder gemeinschädlich erklärt, das „Ausbedingen" derselben gegenüberstellen. Erstere soll genau so behandelt werden, als ob sie faktisch unmöglich geworden wäre und im letzteren Fall soll der Vertrag nach den Gesetzen beurteilt werden, unter deren Herrschaft er entstanden ist, weil der Abschluß des Vertrages dieser Zeit angehört und die ausbedungene Leistung selbst nichts Unerlaubtes enthält.

Auch mit den der rechtsphilosophischen und gesetzpolitischen Lehre angehörigen Begriffen der „ethischen und sittlichen Forderung"

---

1) Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bürgerlichen und peinlichen Rechts, 1863.

2) Weber, Über Rückwirkung positiver Gesetze, 1811.

3) Pfaff und Hoffmann, Exkurse über östr. allg. bgl. Recht I, 2., 3. und 4. Heft 1899.

und der „sozialen Anschauung", durch die man den Schlüssel zur Lösung dieses Problems gefunden zu haben meinte[1]), ist ein fester Stützpunkt für die Entscheidung der Frage, wann ein gesetzliches Verbot rückwirkende Kraft hat, nicht gegeben.[2])

Hier gilt wie immer: in generalibus latet error. Alle dogmatischen Erwägungen und theoretischen Schlußfolgerungen können bei der Fülle der denkbar möglichen Tatbestände, die ein Gesetz verbieten kann, die Absicht der verbietenden Gesetze nur wahrscheinlich machen, für dieselbe aber kein durchgreifendes Prinzip ableiten.

Daher ist die Prüfung für jeden Einzelfall geboten[3]); die oben erörterten Versuche, für alle zweifelhaften Fälle ein allgemein leitendes Prinzip zu finden, haben sich als unzureichend erwiesen; die aufgestellten Kriterien sind für die Praxis zu dehnbar. Die Gesamtheit aller für den Erlaß des Gesetzes ausschlaggebenden Momente (historische, soziale, religiöse, ethische, politische und materielle) muß vernünftigerweise in Betracht gezogen und aus dieser die Absicht des Gesetzes ermittelt werden, wobei im Auge zu behalten ist, daß die Vermutung gegen die rückwirkende Kraft des Gesetzes spricht. Diese Vermutung ist eine rechtsphilosophische Forderung für die Rechtsordnung und kann nur mit besonderen Gründen widerlegt werden, einen Standpunkt, welchen die Praxis des Reichsgerichts durchaus vertritt.[4])

[1]) Vgl. Unger, System des östr. allg. Privatrechts 1863, S. 124 bis 127: „weil in dem ethischen Prinzip auch die Energie zeitlich unbeschränkter Herrschaft liegt."

[2]) Lassalle, System der erworbenen Rechte . . . 1861, 2. Bd., macht einen begreiflichen Unterschied zwischen Gesetzen, die den einzelnen mit oder ohne Vermittlung seines Willens treffen.

[3]) Vgl. Bornemann, Erörterungen im Gebiete des preußischen Rechts, Berlin 1866, S. 1—64. Vgl. Regelsberger, Rückwirkung der Gesetze in Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd III, 1881. Vgl. v. Bar, Kritische Vierteljahrsschrift., Bd. XV, S. 10ff. Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 456. Vgl. H. Göppert im Jahrbuch f. d. Dogmatik d. h. röm. und deutsch. Privatrechts XXII.

[4]) Vgl. R. G. E. Bd. VI, Nr. 34; X. Nr. 10; XIV, Nr. 53; XXXII, Nr. 13; u. a. m.

Wir haben gesagt[1]), daß Gesetz der Ausdruck des Rechts ist und daß zur Rechtserzeugung vornehmlich Staaten, innerhalb dieser aber auch niedere Gemeinschaften (z. B. Religionsgemeinschaften, Berufsklassen, Stände) berechtigt sind[2]); denn Recht ist der Volksgeist, der allgemeine Wille. An Kraft und Dauer aber sind die Gesetze oder Satzungen der letzteren den Gesetzen der höchsten Staatsgewalt naturgemäß unterlegen.

Äußert sich diese Unterlegenheit auch bei der von uns zu erörternden Frage?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch die Autonomie oder die Freiheit kleinerer Verbände im Staate nach eigenen Gesetzen zu leben, in demselben Grade der Abänderung und dem Wechsel unterworfen sind wie die Gesetze im engern Sinne. Ebenso wie bei den Gesetzen wäre eine Unabänderlichkeitserklärung oder die ausdrückliche Bestimmung, diese oder jene autonomische Satzung soll für ewig Geltung haben, rechtlich bedeutungslos. Eine andere Frage aber ist es, ob autonomische Satzungen auch mit rückwirkender Kraft rechtsverbindlich erlassen werden können oder ob sie in wohlerworbene Rechte nicht eingreifen dürfen. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus dem wesentlichsten Begriffsunterschiede zwischen Gesetzen der höchsten Autorität und den Satzungen der dieser untergeordneten, rechtserzeugenden Faktoren.

Der Staat hat den Zweck das allgemeine Beste zu fördern. Dieser Zweck kann aber nur dann erreicht werden, wenn sich der Einzelne der Autorität des Staates unterwirft und seine Einzelinteressen nötigenfalls dem Gemeinwohl opfert. Wer in einen Staatsverband eintritt, ist dieser Pflicht und Bedingung unterworfen. Der Staat hat aber auch kraft seiner alles beherrschenden Souveränität die Machtvollkommenheit, jedem seiner Gesetze Achtung zu verschaffen und es gibt für ihn keine

---

1) Vgl. oben Seite 14ff.

2) Vgl. R. G. E., Bd. XXIII, Nr. 5.

Organe, welche seine Kompetenz einschränken könnten; er ist für seine Kompetenz selbst kompetent und übt diese Kompetenz-Kompetenz durch eigene Organe aus.

Nur durch Staatsgrundgesetze, welche das Verhältnis der Staatsgewalt zu seinen Staatsbürgern darstellen, können Schranken der Gesetzgebung festgelegt werden. Von dieser Möglichkeit haben einige Staaten Gebrauch gemacht und in ihren Verfassungen das Prinzip aufgenommen: Kein Gesetz darf mit rückwirkender Kraft erlassen werden. [1])

Neben dieser positiven, selbstgesetzten Schranke der Gesetzgebung ist der Staat omnipotent, und wenn er auch die sittliche und natürliche Ordnung der Dinge achten muß, so wäre ein dieser widersprechendes Gesetz dennoch bindend. Diese formelle, allseitige Befugnis ist eine logische Konsequenz der Allseitigkeit seines Zwecks.

In der Omnipotenz des Staates geht aber nicht allein das Individuum, sondern auch die organischen Verbände unter.

So haben insbesondere moderne Staaten das Gesetzgebungsrecht für sich allein in Anspruch genommen und die autonomischen Satzungen auf einen kleinen Kreis und für ganz bestimmte Zwecke beschränkt.

Wo diese Begrenzung früher nicht stattfand, hat dennoch die Souveränität auf das ihr zustehende Aufsichtsrecht naturgemäß nicht verzichten können. Eine formelle Allgewalt haben demnach die sog. niederen Gesetzgebungsgewalten nie inne gehabt und mußten und müssen daher die materiellen Schranken der Gesetzgebung respektieren. Gegen allgemeine Grundsätze des übergeordneten Staates dürfen autonomische Satzungen nicht verstoßen und dürfen auch mit absoluten Rechten nicht in Widerspruch treten.

In echt konservativer Gesinnung haben aber alle zivilisierten Staaten die Erhaltung wohlerworbener Rechte als oberstes Rechts-

[1]) So z. B. Sachsen-Altenburg, Verfassungsgesetz § 47; Norwegische Konstitution vom 31. Mai 1814 und ebenso vom 4. November 1814, § 97; ferner Griechenland und die Vereinigten Staaten von Nordamerika.

prinzip [1]) anerkannt und Abweichungen von diesem Prinzip kraft ihres souveränen Willens nur zur Erhaltung des Ganzen, zur Durchsetzung ihres ureigensten Zweckes zugelassen. Dieses äußerste Recht des Staates, welches man auch jus eminens oder Notrecht bezeichnet, haben die untergeordneten Verbände nicht und können daher Satzungen, die in wohlerworbene Rechte eingreifen bei Vermeidung der Nichtigkeitserklärung seitens der höheren richterlichen Gewalt nicht erlassen.

So kann z. B. eine Familie des hohen deutschen Adels selbst mit Zustimmung aller Lebenden Fideikommißrechte zu ungunsten späterer Familienglieder nicht ändern, oder gegenüber einem bereits abgeschlossenen Veräußerungsvertrage ein Gut zu einem Stammgut machen. Ebenso würde eine Bestimmung, daß fortan nur die Früchte eines Grundstückes den Gläubigern haften sollen, für die bisherigen Grundstücksgläubiger unverbindlich sein.

Das oberste und selbstverständliche Prinzip aller zivilisierten Staaten, die, allein durch das allgemeine Wohl bedingten, erworbenen Rechte der Staatsbürger zu schützen, ist in den Verfassungen moderner konstitutioneller Staaten besonders fixiert. Eine solche gesetzliche Festlegung hat schon in der englischen Declaration of rights, in den Verfassungen der nordamerikanischen Gliedstaaten, dann in der französischen Erklärung der Rechte der Menschen und Bürger vom 26. August 1789 und diesen Beispielen folgend in den meisten europäischen Verfassungen stattgefunden.

So bestimmt der Artikel 9 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850: „Das Eigentum

---

[1]) Vgl. auch Pomponius (l. 11, D. de Reg. jur.): Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferre non potest.

[2]) v. Gerber (Archiv f. d. z. Pr. Bd. XXXV.) bestreitet die Existenz der Autonomie als besondere Rechtsquelle und sieht in der Äußerung der sogenannten Autonomie nur Rechtsanwendung von besonderen Rechtsverhältnissen, welche das deutsche Recht speziell für den deutschen Adel geschaffen hat.

ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden."

Unter Eigentum ist hier nicht nur das im engen juristisch technischen Sinne, sondern alle Vermögensrechte zu verstehen; vor allem fallen unter diesen Begriff auch die wohlerworbenen Rechte. Die in dem angeführten Artikel ausgesprochene Tendenz geht dahin, die Untertanen nicht nur vor jeder willkürlichen[1]) Beeinträchtigung seitens der obersten Staatsgewalt selbst zu schützen, sondern sie vor jeder Verkümmerung seitens der Verwaltungs- und Polizeibehörde, sowie anderer Gewalten zu bewahren. Demgemäß wäre auch der Erlaß einer autonomischen Satzung mit rückwirkender Kraft ein Verstoß gegen die in dem Artikel 9 sanktionierte, individuelle Eigentumsfreiheit und daher nichtig.

[1]) Rüttimann (Das amerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz Bd. I. 1867, S. 57ff) will in diesen Verfassungsbestimmungen sogar eine Gesetzgebungsschranke erblicken, steht aber mit seiner Auffassung allein da und findet nur bei v. Gerber, (Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts 1869, S. 30) Unterstützung.

3. Abschnitt.

1. Kapitel.

Die Wirkung des in Frage stehenden Verbots charakterisiert sich logischerweise nach den Grundsätzen vom casus und der nicht zu vertretenden nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung.

§ 4.

Wie die Wissenschaft, welche die Idee des Wahren verkörpern soll, Irrtümern unterworfen ist, so wird auch ein Gesetz der Gerechtigkeit nicht immer entsprechen, und von der Idee derselben recht oft abweichen. Ein solcher rechtsphilosophischer Mangel kann aber an dem Wesen des Gesetzes und seiner Gültigkeit nichts ändern. Möge man das justinianische Zinsverbot als „Machtspruch"[1]) oder exorbitantes Gesetz perhorreszieren oder es als ein höchst eigentümliches und willkürliches[2]) mit Recht bezeichnen, für den Richter bleibt es gleichwohl verbindlich, und der allgemeinen Behauptung über die Unverbindlichkeit rückwirkender Gesetze fehlt jede Grundlage.[3]) Wenn Benjamin Constant (Monit. du 1. juni 1828, 755) erklärt: „La rétroactivité est le plus grand attentat que la loi puisse commettre, mag er Recht haben, wenn er aber fortfährt: La rétroactivité ôte à la loi son caractère; la loi qui rétroagit n'est pas une loi", so ist dies nichts als eine wesenlose Deklamation. Recht muß Recht bleiben. Ordnet das Gesetz ausnahmsweise rückwirkende Kraft an, so kann keine noch so wissenschaftliche Disputation oder philosophische Spekulation über die Geltung des Gesetzes hinweghelfen. Der Richter ist nicht befugt, die Frage der Berechtigung solcher Gesetze zu prüfen (arg. aus Verfassungs-Urkunde für den

---

1) Vgl. v. Vangerow, Pand. 1851 Th. 1, § 26.

2) v. Savigny, a. a. O. VIII., 382.

3) So z. B. Lassalle, a. a. O. S. 48 ff.

Preußischen Staat vom 31. Januar 1850); er muß das Gesetz anwenden so, wie es gegeben ist, selbst wenn es die Forderung der Gerechtigkeit lahm legt.[1]) Immerhin wird in einem zivilisierten Staate die gesunde Wirtschafts- und Gesetzespolitik einen Eingriff in wohlerworbene Rechte nicht ohne äußerste Not zulassen und allzu große Härten für die von dem Gesetze betroffenen Rechtssubjekte auf andere Weise wieder ausgleichen und ein entsprechendes Äquivalent gewähren.

Das Notrecht des Staates ist aber ein unumschränktes und durch keine Ersatzansprüche bedingt. Nur durch das besondere Recht eines Staates kann ein klagbarer Anspruch auf ein Äquivalent gegeben sein. In denjenigen Staaten, die eine Entgeltungspflicht staatsrechtlich nicht übernommen haben, muß in jedem einzelnen Falle sich aus dem Gesetze ergeben, ob der Staat eine Entschädigung und damit einen klagbaren Anspruch auf dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet hat.

Wenn aber in den staatlichen Verfassungsurkunden die Gesetzgebungsgewalt betreffend des Eingriffs in wohlerworbene Rechte begrenzt ist, wäre ein solches Gesetz eine Verfassungswidrigkeit, und der betreffende Richter hätte nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, dies für nichtig zu erklären, sofern für die Form des Gesetzes nicht die für verfassungsändernde Gesetze vorgeschriebene gewählt ist. Eine ebensolche Pflicht hat der Richter gegenüber autonomischen Satzungen, die in wohlerworbene Rechte eingreifen; er muß diese als nichtig behandeln, weil sie materiell gegen das oberste Prinzip bezw. die Verfassung des übergeordneten Staates verstoßen.

Um nun den Einfluß, den ein gesetzliches[2]) Verbot auf bereits begründete Vertragsrechte haben kann, juristisch zu

[1]) v. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts 1865, S. 38, nennt ein in wohlerworbene Rechte eingreifendes Gesetz „eine Rechtsverletzung“ und Böcking, Pandekten I, S. 317 spricht von „absolutem Unrecht“.

[2]) Verfasser versteht im folgenden unter Gesetz nur Gesetz im engeren Sinne.

charakterisieren, wollen wir im analytischen Verfahren das tatsächliche Ereignis des Gesetzerlasses unter ein System von Rechtssätzen subsumieren.

Bei dieser Konstruktion gehen wir davon aus, daß keiner der beiden Kontrahenten den Erlaß des Gesetzes verschuldet oder vorausgesehen hat.

Ein solches Ereignis, welches unabhängig vom freien Willen der Parteien eintrat und eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hatte, nannten die Römer einen casus, indem sie unter diesen Begriff keineswegs nur solche Ereignisse rechneten, die eine tatsächliche Unmöglichkeit der Leistung bewirkten, sondern auch solche, die eine rechtliche Unmöglichkeit herbeiführten. Bekannt ist der Satz des Cujacius: perire videtur res, quae in publicum redigitur. Schon im gemeinen Recht waren die Folgen im großen und ganzen die nämlichen, mag es sich um eine tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit der Leistung handeln.

Auch das B. G. G. macht keinen Unterschied zwischen tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit (arg. aus § 309). — Wann aber in dem einzelnen Falle eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, finden wir weder im gemeinen noch im bürgerlichen Recht beantwortet. Eine solche Antwort kann auch nicht gegeben werden, nicht weil, wie sich die Motive[1]) ausdrücken, eine erschöpfende Aufzählung bedenklich, sondern weil sie selbst unmöglich wäre.

Der Wissenschaft und Praxis bleibt es überlassen, nach Gründen der Erfahrung und Logik zu bestimmen, wann in dem einzelnen Fall eine Leistung unmöglich ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß alles, was logisch unmöglich ist, d. h. das Undenkbare, was logischerweise nicht geschehen kann, auch juristisch unmöglich ist. Der juristische Begriff ist aber ein weiterer; vieles, was logisch sehr wohl möglich ist, ist juristisch unmöglich.

1) Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 45.

So kann eine verbotene Handlung nach den Gesetzen der Logik sehr wohl vorgenommen werden, sie kommt aber, da sie rechtswidrig ist, für das Recht nicht in Frage. Eine gesetzlich verbotene Erfüllung ist keine Erfüllung im Rechtssinn, denn Rechtspflichten gibt es nur innerhalb der Rechtsordnung. Die Erfüllung ist rechtlich unmöglich.

Bei Gesetzen nur instruktioneller Art oder solchen, die nur die physische Handlung verbieten, ohne die rechtlichen Wirkungen zu berühren, bei denen es also einen direkten Zwang nicht gibt, liegt der Grund für die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung in der Achtung vor dem gesetzgebenden Staat und der ethischen Kraft des Gesetzes. Für einen nach Treu und Glauben handelnden Schuldner bieten auch diese Gesetze unwiderstehliche Hindernisse, die einem rechtlichen Zwange gleichkommen; er kann nicht leisten, um nicht mit der Rechtsordnung in Konflikt zu kommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von denselben Grundsätzen geleitet, überaus schwierige Leistungen den unmöglichen gleichgestellt, so z. B. in den §§ 251 Absatz 2, 633 Absatz 2 Satz 2 und § 948 Absatz 2; ebenso sind nach dem Allgemeinen Landrecht solche Leistungen unmöglich, die an die sog. höheren Güter „Gesundheit, Freiheit, Ehre" Opfer auferlegen. (A. L. R. I, 5 § 376.)

Es unterliegt demzufolge keinem Bedenken, den Einfluß, welchen das gesetzliche Verbot auf bereits begründete Vertragsrechte ausübt, nach denjenigen Grundsätzen zu charakterisieren, welche für den casus und die nachfolgende, nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung gelten.

2. Kapitel.

Arten der Unmöglichkeit der Leistung.

§ 5.

Da wir im Folgenden mit einer ganz bestimmten Art der Unmöglichkeit der Leistung zu operieren haben, ist eine Terminologie der Arten der Unmöglichkeit der Leistung gerechtfertigt.

Die Wissenschaft und die Praxis unterscheidet:

1. Objektive und subjektive Unmöglichkeit; Objektiv unmöglich ist eine Leistung dann, wenn sie nicht nur nicht vom Schuldner, sondern überhaupt von niemand bewirkt werden kann; subjektiv dagegen, wenn sie zwar nicht vom Schuldner, wohl aber von andern ausgeführt werden kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch nennt letztere „Unvermögen".[1])

2. Das Allgemeine Landrecht kennt in den §§ 51, 52, 57 I, 5 eine absolute und eine hypothetische (bedingte) Unmöglichkeit. Diese Begriffe wurden, weil sie nicht ganz klar sind, von den einzelnen Schriftstellern des preußischen Rechts verschieden gefaßt.[2]) Ältere Juristen[3]) machen einen Unterschied zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit, je nachdem der Grund derselben in der Natur der Leistung an sich liegt, oder die Unmöglichkeit sich aus den Umständen ergibt, welche sich auf den konkreten Fall beziehen.[4]) Häufig wird auch die objektive als absolute und die subjektive als relative Unmöglichkeit bezeichnet.

3. Je nachdem die Leistung schon zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses unmöglich war oder erst später unmöglich wurde, liegt eine ursprüngliche oder nachfolgende vor.

4. Hat der Schuldner oder der Gläubiger oder beide die Unmöglichkeit verschuldet oder zu vertreten, so spricht man von einer verschuldeten oder zu vertretenden Unmöglichkeit,

---

[1]) Hartmann (Juristischer casus und seine Prästation bei Obligationen mit Sachleistung insbesondere beim Kauf. Jena, 1884) bekämpft den Begriff der subjektiven Unmöglichkeit als einen „vagen". Auch Brinz (Pandekten II § 45) verwirft diese Unterscheidung.

[2]) Vgl. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Rechts, Bd. II, § 23; Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, § 66.

[3]) Vgl. v. Savigny, a. a. O. III, S. 164. Mommsen, Beiträge I, S. 4 ff. Matthias, Lehrbuch d. bgl. Rechts, Bd. I, S. 302.

[4]) Absolut unmöglich z. B. die Leistung eines „Hippozentauren" oder die Verpflichtung eines Spiritisten, Verstorbene zu zitieren; relativ die eines verstorbenen Stichus; §§ 1, 2, J. de inut. stipul. 3, 19; Madai, Lehre von der mora. 1837, S. 77.

im Gegensatz zu der nicht verschuldeten bezw. nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung.

5. Ganz oder teilweise besteht eine Unmöglichkeit dann, wenn sie ganz oder nur zum Teil die Leistungsmöglichkeit vernichtet.

6. Kann die Unmöglichkeit der Leistung noch gehoben werden zu der Zeit, bis zu welcher der Gläubiger zur Annahme verpflichtet ist, so ist die Leistungsunmöglichkeit eine vorübergehende; kann dies nicht geschehen, so ist sie dauernd.

7. Je nachdem die Unmöglichkeit in der Natur der Dinge oder in einer gesetzlichen Bestimmung liegt, handelt es sich um eine natürliche oder rechtliche Unmöglichkeit. Als Quellenbeispiel sei für die natürliche Unmöglichkeit die Leistung einer nicht existierenden Sache, für die rechtliche die einer res extra commercium genannt (vgl. §§ 1, 2. J. 3, 19).

Durch das gesetzliche Verbot ist die Erfüllung des Vertrages ohne Verschulden der Kontrahenten unmöglich geworden; und da ein Gesetz gewöhnlich für alle Zukunft erlassen wird, ist die Unmöglichkeit zugleich dauernd. Schließlich ist sie auch nachfolgend, denn der Vertrag war beim Erlaß des gesetzlichen Verbots bereits abgeschlossen. Es lag ein fertiges Schuldverhältnis im Sinne des § 241 B. G. B. vor; der Gläubiger hatte das Recht auf die Leistung bereits erworben.

Ferner ergibt sich auch aus § 306 B. G. B., daß der Moment des Vertragsabschlusses entscheidend ist für die Frage, ob eine ursprüngliche oder nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Nach § 306 ist ein Vertrag nichtig, wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Richten kann man aber einen Vertrag auf eine unmögliche Leistung nur in dem Falle, daß die Unmöglichkeit zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorliegt; ist diese in dem kritischen Moment nicht vorhanden, so ist sie nachfolgend. Die Frage, ob die Unmöglichkeit in unserm konkreten Fall eine objektive oder subjektive ist, interessiert hier nicht, weil die Folgen bei einer

nachfolgenden Unmöglichkeit, sofern diese unverschuldet ist, die gleichen sind und vor allem, weil subjektive Unmöglichkeit (§ 275 Absatz 2) hier nicht in Frage kommen kann. Das in Rede stehende Gesetz kann aber die Leistung ganz oder teilweise verbieten und ein spätererer Fortfall desselben ist immerhin denkbar.

4. Abschnitt.

Der Einfluß der kasuellen Unmöglichkeit nach gemeinem Recht.

1. Kapitel.

Verträge im allgemeinen, insbesondere einseitige.

Totale Unmöglichkeit.

§ 6.

Wegen des engen Zusammenhanges gerade des Obligationenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem des gemeinen Rechts, aus welchem es sich zum größten Teil entwickelt hat, stellen wir die Grundsätze, welche das gemeine Recht für die in Rede stehende besondere Art der Unmöglichkeit der Leistung geschaffen hat, denen des bürgerlichen Rechts voran.

Bei einem einfachen Schuldverhältnis trägt der Gläubiger die Gefahr, d. h. er hat keinen Anspruch auf Ersatz, wenn die Leistung, welche er auf Grund des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt war, durch einen Zufall unmöglich geworden ist.[1] Vorausgesetzt wird demnach für die Befreiung des Debitors von seiner Leistungspflicht ein Nichtverschulden: veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem (Paulus l. 17 fr. 19, § 3). Ebenso ausdrücklich erklärt Ulpian: casus a nullo praestantur, denn impossibilium nulla obligatio.[2] Dieser als feststehend anerkannte Grundsatz gehörte aber nicht zu den zwingenden Rechtssätzen, sondern war ein ius, quod pactis privatorum mutari potest. Damit konnte diese Regel für einzelne Fälle ausgeschlossen werden, und die Parteien konnten vereinbaren,

---

[1]) Vergl. § 2 I de inut. stipul. 3, 19; Vergl. l. 16, § 3 D. de pec. const. 13, 5; Vergl. l 18 pr. D commod. 13, 6.

[2]) Vergl. l. 23 D. d. R. J. 50, 17. l. 185 D. d. R. J. 50, 17.

daß für casus schlechthin zu haften sei[1]) oder daß an Stelle des unmöglich Gewordenen etwas anderes treten solle. Auch konnte die Verpflichtung einer größeren Haftung nur für ganz bestimmte Ereignisse übernommen werden.[2]) Gegenseitige Verträge wurden oft so abgeschlossen, daß beim Fortfall der Leistung auch die Pflicht zur Gegenleistung unterging, sofern dies nicht schon ipso iure eintrat.[3]) Daß aber bei kasueller Unmöglichkeit der Leistung die Befreiung des Schuldners ipso iure eintrat, ergiebt sich aus dem Umstande, daß Paulus diese zu den natürlichen Aufhebungsgründen einer Obligation rechnet. Naturaliter (resolvitur verborum obligatio) . . . cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit.[4]) Andere Quellenstellen sprechen von extingnitur obligatio (§ 2. I. de inut. stipul. 3, 19), evanescit stipulatio (l. 98. § 8 D. de solut. 46, 3).

Teilweise Unmöglichkeit.

§ 7.

Für die Eventualität, daß ein gesetzliches Verbot nicht die ganze Leistung als solche, sondern nur einen Teil derselben trifft, gilt, das derjenige Teil der Leistung, der von dem gesetzlichen Verbot unberührt bleibt, nach wie vor vom Schuldner bewirkt werden muß. Nur bei vollständiger Unmöglichkeit der Leistung kann von vollständiger Befreiung der Leistungspflicht die Rede sein.[5])

Ersatzleistungen.

§ 8.

Eine vollständige Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht bedingt aber auch, daß der Debitor an Stelle des Leistungsgegenstandes keinen Ersatz erhalten hat. Eius

---

1) Vergl. l. 22 C. de neg. gest, 2, 19. l. 7, § 15 D. de pact. 19, 2. l. 13, § 5 D. locati 19, 2.

2) Vergl. l. 30, § 4 D. locati 19, 2.

3) Vergl. l. 1. pr. D. de peric. et commod. 18, 6.

4) Vergl. fr. 107 de solut. 14, 3.

5) Vergl. l. 13, § 7 D. locati 19, 2.

commodum esse debet, cuius periculum est (I. 3, 23, 3). Durch das gesetzliche Verbot, durch welches die Erfüllung des Vertrages gänzlich oder teilweise unmöglich geworden ist, kann zugleich ein commodum gewonnen sein; in diesem Falle erhält diejenige Partei, welche das Risiko in Ansehung des geschuldeten Gegenstandes trägt, den Anspruch auf das commdum.[1]) Dies ist eine logische Folgerung aus der bona fides, die verlangt, daß dasselbe Ereignis, welches den Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, ihm keinen Vorteil bringen darf, sondern daß das Surrogat derjenige erhalten muß, dem der Leistungsgegenstand selbst zustand.[2]) Nach der l. 2. D. depositi 16, 3 kann der Gläubiger, falls der Depositar die bei ihm deponierte Sache verkauft hatte, die Sache selbst vom Käufer vindizieren; er war aber auch berechtigt, den Kaufpreis von dem Depositar oder die Cession der auf denselben gehenden actio venditi zu verlangen.

Die Gefahr trug der Gläubiger selbstredend immer nur dann, wenn die Unmöglichkeit der Leistung vom Debitor nicht verschuldet war, denn sofern ein Verschulden auf seiten des Debitors vorliegt, ist er schadenersatzpflichtig. —

Aber auch bezüglich der Lehre vom commodum machte sich der Unterschied geltend, der zwischen den verborum obligationes und den bonae fidei bestand.[3]) Es ist bereits erwähnt, daß der Anspruch auf das commodum ein notwendiges Postulat der bona fides ist; die bona fides blieb aber bei den verborum obligationes, die den Zweck hatten, ein vom

---

[1]) Vergl. l. 13, § 17 D. de act. empt. 19, 1. Vergl. l. 13 D. peric. 18, 6. Vergl. l. 13, § 12 D. de act. empt. 19, 1. Vergl. l. 14 pr. D. 17, 2.

[2]) Windscheid, (Lehrbuch des Pandektenrechts 1891, § 327) unterscheidet zwischen lucrum ex re (ein unmittelbar aus der Sache erwachsender Gewinn) und lucrum ex persona od. ex negotiatione (ein Gewinn, der aus einer Handlung des Schuldners [Rechtsgeschäft oder Verschulden in Bezug auf die Sache] entsteht). Nur im ersten Fall soll der die Gefahr tragende Gläubiger unbedingt den Gewinn haben.

[3]) Vergl. Hugo Donellus, Commentarii iur. civil. Nürnberg. Ausg., Bd. X.

freien Ermessen des Richters möglichst unabhängigen Schuldinhalt zu erzeugen und eine der freien Auslegung unzugängliche Leistung buchstabenmäßig zu begrenzen, unberücksichtigt. Erst im späteren römischen Recht gewährte man, um auch für diese Fälle billige Resultate zu erzielen, aushilfsweise dem Stipulator eine actio doli gegen den Dritten, der zugleich mit der Vernichtung des Leistungsgegenstandes absichtlich die Verwirklichung der Obligation vereitelt hatte. Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit: de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis. Ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur (Paulus, fr. 18, § 5 de dolo malo l. XI. ad edictum).

Verträge mit alternativem Leistungsinhalt.

§ 9.

Abweichungen von der Regel, daß der Schuldner bei kasueller Unmöglichkeit der Leistung von seiner Leistungspflicht befreit wird, zeigen sich ferner bei Verträgen mit alternativem Leistungsinhalt, sofern nur eine der beiden[1]) in obligatione befangenen Leistungen unmöglich geworden bez. gesetzlich verboten worden ist. Unbestritten gilt, daß der Gläubiger, falls er die Wahl hat, nur die nicht verbotene Leistung fordern darf, während der Schuldner, falls ihm das Wahlrecht zusteht, die noch mögliche Leistung bewirken muß. Durch den Erlaß eines gesetzlichen Verbots, wodurch die Unmöglichkeit der einen Leistung herbeigeführt wird, verwandelt sich die obligatio alternativa in eine obligatio speciei[2]), welche dann naturgemäß wie eine einfache Schuld hinsichtlich der Folge des

---

[1]) Verfasser hat hier den einfachen Fall im Auge, bei welchem nur zwei Leistungen in obligatione sind.

[2]) Vergl. l. 2, § 3 D. de eo, quod certo loco 13, 4. Vergl. l. 34, § 6 D. de contr. empt. 18, 1. Vergl. l. 95 pr, § 1 D. de solut. 46, 3. Ferner: v. Vangerow, Pand. III, § 569 u. Fuchs, Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 34, S. 236.

Kasus behandelt wird. Paulus drückt dies mit den Worten aus: prioris periculum ad debitorem, posterioris ad creditorem pertinet (l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1). Eine andere Quellenstelle sagt: Si Stichum aut Pamphilium mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquus debetur mihi a te (l. 16. D. de V. O. 45, 1). In diesem Sinne ist nach der l. 34. D. de fidej. 46, 1. derjenige, der den Stichus oder Pamphilius verspricht, ungünstiger gestellt, wie derjenige, der den Stichus allein verspricht, weil letzterer durch den Tod des Stichus von seiner Leistung überhaupt befreit wird, der erstere dann aber noch den Pamphilius leisten kann und muß.

Schwierigkeit hat aber für das gemeine Recht die Beantwortung der Frage gemacht, ob der Schuldner, sofern er das Wahlrecht hat, etwa dadurch seiner Vertragspflicht genügt, daß er den Wert des untergegangenen Objekts leistet. Es scheinen einige Quellen[1]) dafür zu sprechen und die herrschende[2]) Meinung hat diese Frage bejahend beantwortet[3]).

Verträge mit generellem Leistungsinhalt.

§ 10.

Besondere Rechtssätze gelten für die Gattungsschuld.[4]) Da in dem Begriff derselben eine Garantie liegt, solange für die Leistungspflicht einzustehen, als überhaupt noch res eiusdem generis et qualitatis vorhanden sind, wird eine Unmöglichkeit der Leistung nur selten oder garnicht eintreten können. Qui hominem dari promisit . . . ab alio vulneratum si det,

---

1) Vergl. l. 95 § 1 D. de solut. 46, 3. Vergl. l. 47 § 3 D. de leg. I

2) Windscheid, a. a. O. II § 255. Dernburg, Pand. II § 27. v. Vangerow a. a. O. III, § 569. Mommsen, Beiträge I, S. 310ff.

3) Das A. L. R. I, 11 § 33 gibt dem Gläubiger das Recht des Rücktritts.

4) Wir verstehen mit Windscheid (a. a. O. § 255) unter einer Genusobligation nur diejenige, die wirklich einem Kreis (engerem oder weiterem) von Sachen angehört, die ihrer inneren Beschaffenheit nach ein genus bilden. Vgl. auch Dernburg, Pand. II, § 25. Vgl. Mommsen a. a. O. I, S. 306ff.

condemnandus est, cum possit alium dare (Juliam D. 46, 3 de solut. l. 33 § 1). Die für die einfache Schuld geltenden Grundsätze kommen für die Verträge mit generellem Leistungsinhalt nur dann in Betracht, wenn das später erlassene Gesetz die Erfüllung als solche verbietet oder aber die Gattungsschuld schon vor Erlaß desselben in eine Speziesschuld konkretisiert war. Dies kann z. B. geschehen, durch einen besonders darauf gerichteten Vertrag oder durch eine einseitige Willenserklärung, wenn letzte Möglichkeit in dem begründenden Rechtsgeschäft gegeben ist.

Die Frage, wann die Umwandlung der Genusobligation in eine Speziesschuld sonst eintrat, gehörte zu den umstrittensten des gemeinen Rechts. Auf die einzelnen Theorien näher einzugehen, verbietet die Umgrenzung unseres Themas; sie seien aber der Vollständigkeit wegen kurz erwähnt.

Nach der sog. Ausscheidungstheorie (Thöl) sollte die einseitige Ausscheidung genügen, sofern nur der Gläubiger davon Kenntnis hatte; die sog. Individualisierungstheorie (Bekker) verlangte Einigung der Parteien über die zu leistende Sache, also Annahme des abgesandten Individuums, und diesen beiden gegenüber rang die sog. Lieferungstheorie (Jhering), auf welche wir unten zurückkommen werden, um den Vorrang.

Ist die Erfüllung einer Genusobligation nicht als solche verboten oder ist die Genusobligation vor Erlaß des gesetzlichen Verbots noch nicht konkretisiert, so kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, daß diejenigen Gegenstände, die er zu leisten beabsichtigte, nicht mehr geleistet werden dürfen, denn er kann ja noch andere Gegenstände aus der Gattung leisten. Dies ist die Bedeutung des (allerdings nicht klassischen) Satzes: genus perire non censetur. Die Richtigkeit dieser so allgemein ausgesprochenen Regel hat Hartmann[1]) bestritten, indem er sich insbesondere gegen Mommsen[2]) wendet, der einen

---

[1]) Vgl. Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875, S. 254.

[2]) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 47.

dem Verluste einer geschuldeten Spezies analogen und analog wirkenden Hinderungsgrund nur dann annimmt, „wenn kein Eigentümer einer zu der Gattung gehörigen Sache existiert, der die zur Leistung nötige faktische Disposition über dieselbe hat.“ Hartmann hat im Gegensatz hierzu an der Hand einiger Entscheidungen des Pariser Kassations-Hofes ausgeführt und nachzuweisen gesucht, daß das Soll einer gegnerischen bonae fidei obligatio schon an geringeren Hinderungsgründen scheitert.

Bei Geldschulden aber und solchen, die in Geldschulden übergehen können, muß die Regel genus perire non censetur ihre volle Geltung haben; bloße Zahlungsunfähigkeit kann kein Aufhebungsgrund für eine Verbindlichkeit sein. Solange eine Geldwirtschaft überhaupt besteht, kann die Gattung Geld als allgemeines, staatlich anerkanntes Zahlungsmittel nicht untergehen.[1])

2. Kapitel.

Gegenseitige Verträge.

Kauf (emptio—venditio).

§ 11.

Aus den oben angeführten Regeln folgt für die synallagmatischen Verträge nur, daß derjenige Kontrahent, dessen Leistung unmöglich geworden ist, von seiner Leistungspflicht befreit ist, darüber aber, wie es mit der Gegenleistung steht, geben sie keinen Aufschluß. Das gemeine Recht hat die letzte Frage nicht einheitlich entschieden, vielmehr für die besonderen Arten der Verträge besondere Bestimmungen getroffen.

Unter den Veräußerungsverträgen nimmt der Kaufvertrag die erste Stelle ein; er dient dem Wertumsatze von Ware gegen Geld und führt in Erfüllung der Verpflichtung den Güterumsatz herbei.

1) Vgl. R. G. E., Bd. VII, S. 127.

Trotz einiger Dissidenten[1]) ist der Grundsatz: periculum est emptoris herrschend geblieben; ausdrücklich heißt es in den Institutionen: cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit (J. 3, 23, 3). Es sei ferner der berühmten l. 8. pr. D. 18, 6 Erwähnung getan: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet, et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.[2, 3])

Ungeachtet des Nichtleistens des Kaufgegenstandes mußte der Käufer den Kaufpreis zahlen[4]), ja er war sogar verpflichtet, die auf den Kaufgegenstand gemachten Impensen zu ersetzen[5]), obgleich er den Kaufgegenstand nicht erhielt. Hieraus erhellt, daß genau dieselben Wirkungen eintraten, wie wenn der Verkäufer den Vertrag erfüllt hätte. Mortuo antem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset (l. 5, § 2. D. 18, 5). Der bona fides entsprechend ließen die Römer für den Fall, daß der Verkäufer eine fremde Sache zu leisten versprochen hatte, diese aber untergegangen war, allerdings die

---

[1]) Puntschart (Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts Innsbruck 1885) hat diesen Rechtssatz als „nachrömische Irrlehre“ bekämpft.

[2]) Vgl. ferner l. 34 § 6 D 18, 1; l. 6. C. 4, 48; I. 62, § 2 D. 18,1.

[3]) Aus der l. 8. pr. D. 18, 6 geht hervor, daß der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag erst mit dem Eintritt der Bedingung perfekt wird. Der Käufer trägt also während des Schwebens der Bedingung die Gefahr des Unterganges nicht. Mußte der Preis durch Zahlen, Wägen oder Messen erst ermittelt werden, so galt der Kauf als bedingt. In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumerave sint (D. 18, 1, 35, 5). Dies sind nur scheinbare Ausnahmen von dem Satze: periculum est emptoris.

[4]) Vgl. § 3. I. 3, 23; l. 34. § 6 D 18, 1; l. 6 C. 4, 48.

[5]) Vgl. l. 13, § 22. D. 19, 1. Vgl. Mommsen a. a. O. I, S. 330 ff.

Anwendung obiger Regel nicht zu, da der Verkäufer sonst ein reines lucrum erhalten würde. Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat: quia nec bonae fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem (Pomponius l. 29. pr. D. 21, 2);[1]) das bereits Gezahlte konnte mit einer condictio causa data, causa non secuta zurückgefordert werden. Es wurde aber auch eine beschränkte Kontraktsklage zugelassen: Fundum alienum mihi dedisti; postea idem ex causa lucrativa meus factus est; competit mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto (Paulus R. S. II lit. 17, § 8).

Den Grundsatz, daß der Käufer die Gefahr zu tragen habe, hat man verschieden zu erklären gesucht, ohne daß eine der Erklärungen allgemeine Anerkennung gefunden hat und auch darüber herrschte Streit, ob der Grundsatz als Regel oder als Ausnahme anzusehen sei.

Dernburg und Reatz[2]) suchen den Grund für die gemeinrechtliche Bestimmung über die Gefahrtragung beim Kauf darin, daß die Obligation des Verkäufers und Käufers von einander gänzlich unabhängig seien, weshalb der Wegfall der Leistung die Gegenleistung nicht berühren könne; jeder der Kontrahenten soll eine selbständige Pflicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit haben. Diese Auffassung muß zugrunde gelegt werden, wenn man den Satz: periculum est emptoris als Regel ansehen will. Mag immerhin im alten römischen Recht eine solche Unabhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bestanden haben, für das moderne gemeine Recht läßt sich eine solche Ansicht nicht begründen.

---

[1]) Vgl. ferner l. 30., § 1. D. 19, 1.

[2]) Dernburg, Kompensation S. 76 ff. Reatz, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß XV., S. 551 ff.

Anderer Meinung nach soll der Verkauf ohne hinzutretende Tradition des Kaufgegenstandes schon eine Veräußerung, der Kauf schon einen dinglichen Erwerb begründen.[1])

Einen ebensowenig vom Schicksal begünstigten Versuch, das durchgreifende Prinzip für die römische Regel zu finden, haben diejenigen Juristen gemacht, welche den in Rede stehenden Rechtssatz aus der juristischen Fiktion erklären wollen, daß die Verpflichtung zur Vornahme der geschuldeten Handlung gleichsam durch Solution als erfüllt gilt, wenn die Handlung ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist.[2])

Welchen innern Grund aber auch die Römer für die Aufstellung jenes Grundsatzes gehabt haben mögen, zweifellos entsprach derselbe durchaus dem damaligen Kulturideale in demselben Grade, wie er dem heutigen Rechtsempfinden widerstreitet.

Ausschließliche Geltung hatte der Grundsatz von der Gefahrtragung beim Kauf aber nur bei faktischer Unmöglichkeit der Leistung, für die rechtliche Unmöglichkeit, die durch einen Wechsel der Gesetze herbeigeführt wurde, galten andere Regeln. Hier soll der Käufer den Kaufpreis nicht zahlen brauchen, aber auch den Kaufgegenstand nicht fordern dürfen; der Käufer hatte auch das Recht, den bereits gezahlten Kaufpreis zurückzufordern. Ausdrücklich erklärt Paulus: Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuam relictam — — — — inutiliter stipulator, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et quum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatus, si sine facto ejus res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit (l. 82, § 5, 45, 1). Auch das vielumstrittene Fragment aus dem achten

---

[1]) Vergl. Brinz, Pand. II. S. 318. Vergl. Puntschart a. a. O. S. 8. Vergl. Windscheid, a. a. O. II, § 390. Vergl. Endemann, Lehrb. d. Handels-, See- und Wechselrechts, § 110.

[2]) Vergl. Mommsen a. a. O. I. S. 347. Vergl. Koch, Recht der Forderungen nach gem. u. preuß. Recht 1858 I., S. 203. Vergl. Fuchs, Archiv f. d. ziv. Praxis XXXIV, S. 106 ff. Vergl. fr. 5, § 2, 18, 5; fr. 39, 50, 17.

Buche der Quästionen des Afrikanus handelt von der rechtlichen Unmöglichkeit der Erfüllung, welches wir seiner Wichtigkeit für unsere Frage wegen wörtlich zitieren: Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis, nam etsi vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi (fr. 33 locati 19, 2). Durch die Publikation ist eine kasuelle Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, und der Vermieter soll daher den Mietspreis nur für die Zeit der wirklichen Benutzung fordern bezw. zurückbehalten dürfen, ein Rechtssatz, auf den wir unten bei Besprechung der für die Miete geltenden Regel zurückkommen werden. Was uns hier aber zunächst und direkt interessiert, ist der letzte Teil des Fragments: „nam etsi . . . . . mihi tradi". Der Verkäufer soll, falls sein Grundstück vor der Tradition publiziert wird, auf die Restitution der Kaufsumme haften.

Diese Entscheidung des scharfsinnigen Juristen steht in auffallendem Widerspruch zu dem Grundsatz: perfecta emptione periculum respicit ad emptorem und zu seinen eigenen Entscheidungen in anderen Fällen kasueller Unmöglichkeit der Leistung. Selbst hervorragende Schriftsteller sind an den Klippen der Exegese dieses Fragments gescheitert. So leugnete Cujacius[1]) auf Grund dieser Entscheidung das erörterte Prinzip überhaupt und lehrte, daß das volle Risiko den Käufer nur dann treffe, wenn der Kaufgegenstand bereits tradiert ist. Andere[2]) Interpreten haben diese vom allgemeinen Grundsatz

[1]) Vergl. Cujacius, Tract. VIII ad Africanum l. 23 D. locati Opp. I, 1479.

[2]) Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. 1837, § 397. Wächter, Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? (Arch. f. d. z. Pr. XV, S. 191). v. Vangerow a. a. O. § 591. Mommsen a. a. O. I, § 355.

abweichende Entscheidung damit zu rechtfertigen gesucht, daß sie unterstellten, der Grund zur Publikation sei schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesen; der Kaufgegenstand sei also nicht frei von Mängeln, weshalb der Verkäufer für die Eviktion haften müsse und keinen Anspruch auf den Kaufpreis haben könne. Diese Fiktion ist aber ebenso unbegründet wie diejenige[1]), daß sich der Verkäufer eines Deliktes schuldig gemacht haben solle, welches mit Vermögenskonfiskation bedroht war. Es wäre ungerecht gewesen, den Käufer wegen eines Vergehens des Verkäufers zu benachteiligen; die Strafvollstreckung sei gegen den Eigentümer gerichtet und dieser dürfe daher den Kaufpreis nicht erhalten, weil sonst die Strafe nicht ihn, sondern den Käufer treffen würde. Die Publikation wurde aber oft willkürlich vorgenommen und war durchaus nicht immer ein Akt der Strafvollstreckung[2]), und aus der Entscheidung selbst ist diese Eventualität nicht zu entnehmen.

Von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus hat Hartmann[3]) das in Rede stehende Fragment interpretiert, indem er unter Bekämpfung des Begriffs der sog. subjektiven Unmöglichkeit der Leistung einen Unterschied macht zwischen „äußerlich hinzutretenden Hindernissen der Erfüllung, welche der Welt der reinen Tatsachen angehören" und Hindernissen, die „rein auf der Sanktion der Rechtsordnung selbst" beruhen. Hartmann unterscheidet also scharf zwischen faktischen und rechtlichen Erfüllungshindernissen, zwischen einem physischen und juristischen Kasus und stellt die Regel auf, daß bei bonae fidei obligationes infolge Eingreifens eines juristischen Kasus die Pflicht zur Gegenleistung erlischt. Nicht allein gegen die Terminologie des juristischen Kasus als eines obrigkeitlichen Eingriffs in die Privatrechts-

---

[1]) Loevy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Schuldverhältnissen, Berlin 1888 S. 27 ff. Vergl. ferner Glück, Kommentar XVII. S. 135, v. Vangerow a. a. O. I c. 3 o. 218.

[2]) Vergl. Dernburg, Kompensation S. 79. Vergl. Dernburg, Pand. II § 96.

[3]) Hartmann, Juristischer casus S. 23 ff.

sphäre hat Merkel[1]) Bedenken erhoben, sondern er ist noch weiter gegangen über den von Hartmann konstruierten juristischen Kasus hinaus und fordert auch noch für andere Fälle Befreiung von der Gegenleistungspflicht. Er subsumiert den juristischen Kasus unter den weiteren Begriff des außerordentlichen Kasus (vis maior) im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Kasus. Während bei gewöhnlichem Kasus der Käufer die Gefahr trage, soll bei außerordentlichem Kasus das Schuldverhältnis eventuell gänzlich erlöschen, jedenfalls der Käufer von seiner Gegenleistungspflicht frei sein. Demnach würde auch der Erlaß eines gesetzlichen Verbotes als ein außerordentlicher Kasus zur Folge haben, daß der Käufer den Kaufpreis nicht zu zahlen hat.

Die gemeinrechtliche Praxis hat einen Unterschied in den Folgen eines faktischen und rechtlichen Kasus nicht gemacht, vielmehr die ihr zur Entscheidung vorgelegten Fälle nach dem allgemeinen Grundsatz beurteilt, was aus den Erkenntnissen, die infolge der in den Jahren 1848/49 vielfach in deutschen Territorien erfolgten Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden,[2]) welches mehrfach gegen ein ewiges Bestandgeld von dem Berechtigten anderen überlassen war, ergingen, ersichtlich ist. Man hat diese Geschäfte als Kauf angesehen und nach dem allgemeinen Grundsatz: periculum emptoris den Käufer zur Weiterzahlung des Bestandgeldes (Kaufpreises) verurteilt.[3]) Eine ähnliche Entscheidung hat das Oberlandesgericht Marienwerder[4]) für folgenden Tatbestand getroffen: K. aus Thorn hat von B. aus Danzig Mais ab Alexandrowo in Rußland gekauft. Zur festgesetzten Zeit bietet B. dem K. russischen Mais auf dem Bahnhof Alexandrowo an; K. verweigert die Annahme desselben, weil Rußland inzwischen ein russischen Mais betreffendes Ausfuhrverbot erlassen hat. Da B. importfähigen Mais nicht liefert und der Mais infolge des

[1]) Merkel, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München-Leipzig, 1885, S. 200 ff.

[2]) Vgl. Preußisches Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848.

[3]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. IX. Nr. 325; Bd. XXXX Nr. 37.

[4]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. XLIX Nr. 197; Entsch. vom 14. X. 1892.

Ausfuhrverbots im Preise gestiegen ist, verklagt K. den B. auf Schadensersatz. Die Klage wurde abgewiesen und der Käufer mußte daher den Schaden tragen. Diese wenig zufriedenstellende Entscheidung hätte anders lauten müssen, wenn das Oberlandesgericht die Lehre von der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung dem Urteil zugrunde gelegt hätte.

Miete (locatio-conductio).

§ 11.

Während beim Kauf ein Umsatz von Eigentum gegen Geld stattfindet, bezweckt die locatio-conductio einen Umsatz vom Gebrauch gegen Geld. Der Vermieter hatte nicht nur die vermietete Sache zum Gebrauch oder Nutznießung zu überlassen, sondern seine Verpflichtung ging auf: praestare uti frui licere.[1]) Eine Begriffsbestimmung des praestare gibt uns das fr. 71 § 1 de v. s. 50, 16.: Haec verba his rebus recte praestari hoc significant, ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret. Der Vermieter hat demnach für den wirklichen, vollen Genuß der Sache einzustehen oder nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Gefahr zu tragen; man sagt: periculum est locatoris. Wird der Vermieter infolge kasueller Unmöglichkeit von der Gewährung oder Weitergewährung des dem Mieter bereits überlassenen Mietgegenstandes frei, so hat er auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung oder muß sich eine verhältnismäßige Kürzung desselben gefallen lassen.[2]) Den im Voraus gezahlten Mietpreis muß er ganz bezw. gekürzt zurückerstatten[3]); auch hat er keinen Anspruch auf Ersatz der von ihm vergeblich gemachten Aufwendungen.[4])

---

[1]) fr. 15 § 1, 2.

[2]) fr. 9 § 1, 4;

[3]) l. 9, § 4 D 19, 2. vgl. ferner: l. 9, § 6 D 19, 2; l. 19, § 6 D 19, 2; l. 30, § 1 D 19, 2.

[4]) Windscheid a. a. O. § 321.

Teilweise Unmöglichkeit.

§ 13.

Für diejenigen Fälle, in welchen bei gegenseitigen Verträgen die Leistung nur zum Teil unmöglich geworden ist, hat das gemeine Recht keine besonderen Bestimmungen gegeben. Windscheid[1]) ist der Ansicht, daß im Prinzip die contemplatio der empfangsberechtigten Partei ausschlaggebend sein soll, ob diese auch um diesen Teil den Vertrag abgeschlossen haben würde. Darnach richte sich, ob sie vom Vertrage ganz zurücktreten könne, oder ob die andere Partei, deren Leistung teilweise unmöglich geworden ist, den entsprechenden Teil der Gegenleistung fordern dürfe.

1) Vgl. ferner Schall, Archiv f. d. ziv. Praxis, Bd. LXXIII, S. 429 ff.; Mommsen a. a. O. I, S. 290.

5. Abschnitt.

Der Einfluß der nachfolgenden, nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht.

1. Kapitel.

Verträge im allgemeinen, insbesondere einseitige. Totale Unmöglichkeit.

§ 14.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 275: „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird."

Obgleich der § 237 des Entwurfs 2. Lesung (jetzt § 275 B. G. B.) von verschiedener Seite [1]) eine abfällige Kritik erfahren hat, indem geltend gemacht wurde, daß er eine Tautologie sei und, weil er etwas Selbstverständliches sage, in die Gesetzgebung nicht aufgenommen zu werden brauche, wurde er doch „im Interesse der Deutlichkeit und praktischen Handhabung des Gesetzes" [2]) nicht fallen gelassen.

Der Inhalt des genannten Paragraphen ist aber durchaus kein sich von selbst verstehendes Axiom, sondern er hat auch — darauf ist der Schwerpunkt zu legen — eine negative Seite: Der Schuldner ist für die Folgen insofern nicht verantwortlich, als er an Stelle des unmöglich Gewordenen nichts anderes zu leisten verpflichtet ist; er wird „frei".

---

[1]) Vgl. Gierke, Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht. Leipzig 1899, S. 30. Vgl. Laband, Archiv f. d. z. Pr., Bd. LXXIII, S. 195. Goldschmidt, Erörterungen zum Entwurf eines bgl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Leipzig 1880, H. I, S. 171.

[2]) Vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Berlin 1897, S. 314.

Den vieldeutigen und schwankenden Begriff des Zufalls hat das Bürgerliche Gesetzbuch in die Grundregel des § 275 nicht aufgenommen und spricht nicht von „verschulden", sondern von Umständen, die der Schuldner nicht zu „vertreten" hat. Unter die zu vertretenden Umstände fallen aber nicht nur Verschulden, sondern auch andere Haftungen, für die der Debitor selbst ohne Schuld einzustehen hat, sofern Gesetze ihm diese auferlegen oder er solche in Rechtsgeschäften übernommen hat. Auch dann, wenn den Debitor keine Schuld trifft, er aber für Handlungen Dritter verantwortlich ist, liegen Umstände vor, die er zu vertreten hat. Die Motive[1]) äußern sich hierzu folgendermaßen: „Es ist zu enge und mißverständlich, wenn die im Absatz 1 (des § 275 B. G. B.) bezeichnete Wirkung dem zufälligen oder nicht verschuldeten Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung beigelegt wird. Der Zufall (im zivilrechtlichen Sinne) beginnt da, wo die Haftung aufhört. Die Haftung des Schuldners kann durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bis zur Garantieübernahme für den Erfolg gesteigert, andererseits aber auch milder, als die Regel es mit sich bringt, festgesetzt sein." Der Umfang der Haftung kann natürlich nur in kasuistischer Weise festgestellt werden. Der Begriff der Verpflichtung schließt aber den Dolus aus und die praktische Vernunft des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bedingt im Zweifel Einstehen für jede Schuld. Diesen Gedanken hat das Bürgerliche Gesetzbuch zum Ausdruck gebracht, wenn es im § 276 verlangt, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat.

Daß wir beides in dem von uns zu erörternden Fall als nicht vorliegend angenommen, deren Fehlen sogar unterstellt haben, ist eingangs betont.

Aus der Regel des § 275 folgt zugleich, daß auch Bürgen und Pfänder frei werden, weil diese nur für den jeweiligen Bestand der Hauptleistung einzutreten haben. (§§ 767, 1210 B. G. B.)

---

[1]) Motive a. a. O., Bd. II, S. 237.

Auch ist der Schuldner nicht verpflichtet, eine etwa ausbedungene Vertragsstrafe zu zahlen, weil diese erst dann verwirkt ist, wenn der Schuldner in Verzug kommt (§ 339 B. G. B.), ihn also ein Verschulden trifft.[1]

Es kann aber eine Vertragsstrafe oder eine andere Leistung gerade an Stelle der durch unverschuldete Erfüllungshindernisse unmöglich gewordenen Leistung versprochen worden sein, dann muß diese natürlich gezahlt bez. bewirkt werden und im Anschluß hieran sei schon jetzt hervorgehoben, daß in diesem Falle bei gegenseitigen Verträgen die Pflicht zur Gegenleistung bestehen bleibt.

Teilweise Unmöglichkeit.

§ 15.

Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung wird der Schuldner nicht ganz von seiner Leistungspflicht frei, dieselbe reduziert sich vielmehr auf den noch möglich bleibenden Teil. Dies liegt in den Worten „soweit“ . . . unmöglich wird (§ 275 B. G. B.).

Die Leistung des noch übrig gebliebenen möglichen Teils füllt aber auch die dem Schuldner jetzt noch obliegende Leistungspflicht voll und ganz aus; von einer Anwendung des § 266 B. G. B., der dem Schuldner kein Recht zu Teilleistungen gibt, kann hier keine Rede sein, weil die noch übrig gebliebene Leistung keine Teilleistung im gewöhnlichen Sinne ist.

Eine Unmöglichkeit teilweiser Erfüllung soll nach Cosack[2]) nur dann eintreten können, wenn der Schuldgegenstand selbst teilbar ist; bei unteilbaren Leistungsgegenständen sei eine teilweise Leistung eben ihrer Natur nach nicht möglich. Im

---

[1]) Vgl. Planck, Kommentar zu § 339. Vgl. Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, S. 222 u. S. 178.

[2]) Cosak a. a. O. Bd. 1, § 100.

Widerspruch zu dieser Ansicht legt unter andern Kipp[1]) kein Gewicht darauf, ob die Leistung selbst teilbar ist oder nicht; der Schuldner sei vielmehr auch zu einer unvollständigen Bewirkung einer unteilbaren Leistung verpflichtet.

Dieser weitern Auffassung von der Pflicht zur Bewirkung der Leistung bei teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung geben auch wir den Vorzug, zumal ebenfalls die Motive auf demselben Standpunkt stehen, wenn sie von einer quantitativen oder qualitativen teilweisen Leistung sprechen.[2]) Mit den Ausführungen Cosacks läßt sich die Möglichkeit einer qualitativ teilweisen Leistung nicht in Einklang bringen.

Ersatzleistungen.

§ 16.

Der Umstand, welcher die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, kann zugleich einen Vorteil mit sich führen; man denke z. B. an eine Entschädigung, die der gesetzgebende Staat gezahlt oder zu zahlen versprochen hat. Für diese Möglichkeit statuiert der § 281 des B. G. B.: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen."

Der Ersatz vertritt den geschuldeten Gegenstand; deshalb bleiben für die Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs auch die Bürgen, Pfänder und Vertragsstrafen verhaftet.

Bei der Auslegung des § 281 hinsichtlich der Frage, was als Kommodum im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, muß

---

[1]) Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts v. Windscheid unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von . . . 8 Aufl. Bd. II. S. 17 ff. . . vgl. ferner Planck, B. G. B. nebst Einführungsgesetz erläutert von . . . Berlin 1900 zu § 275. — Vgl. ferner Dernburg, das bürgl. Recht Bd. II. S. 113.

[2]) Motive a. a. O. zu § 240 (280 B. G. B.).

beachtet werden, daß der Schuldner den Ersatz bezw. den Ersatzanspruch einmal „infolge" des die Unmöglichkeit bewirkenden Umstandes, sodann „für" den geschuldeten Gegenstand erlangt hat. Der Ersatz muß eine Rechtsfolge dieses Umstandes sein und das juristische Äquivalent des untergegangenen Schuldgegenstandes, der verbotenen Erfüllung bilden. Der Kausalzusammenhang zwischen dem die Unmöglichkeit der Leistung bewirkenden Umstande (Erlaß des gesetzlichen Verbots) und dem Surrogat ist aber schon dann hergestellt, wenn durch den die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Umstand nur eine Ursache für die Erlangung des Ersatzes bezw. des Ersatzanspruches gesetzt ist. Hat z. B. der Schuldner einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, bevor er den versicherten Gegenstand verkauft hat, und geht dieser nunmehr durch die Gefahr, gegen welche die Versicherung genommen ist, vor der Tradition unter, so ist die eine Ursache, welche den Anspruch auf die Versicherungssumme begründet, zugleich der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführende Umstand; die Versicherungssumme stellt also ein Kommodum im Sinne des § 281 dar.[1] Als Surrogat dieser Art gilt daher auch der Kaufpreis, den der Schuldner für den zu leistenden Gegenstand erhalten resp. noch zu erhalten hat,[2] nicht aber ein Geschenk, welches ihm an Stelle des untergegangenen Objekts gemacht worden ist. Ein Ersatz würde ferner nicht vorliegen, wenn die Sache eines Vermieters oder Verpächters enteignet ist und dieser für die vermietete bezw. verpachtete Sache selbst einen Entgelt erhalten hat.[3])

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch, München 1904, Anm. 4 zu § 281, ferner Planck a. a. O., Kipp a. a. O.

[2]) Vgl. Schollmeyer, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II zu § 281. Vgl. Örtmann, Kommentar z. B. G. B. zu § 251. Anderer Meinung dg. Kisch (Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung S. 199.). Kisch unterscheidet streng zwischen Ersatz und Äquivalent; der Ersatz füllt die eingetretene Vermögenslücke aus, während das Äquivalent überhaupt keine entstehen läßt. Letzteres soll daher kein Kommodum im Sinne des § 281 sein.

[3]) Vgl. Planck a. a. O., zu § 281. Vgl. Motive a. a. O., S. 46/47.

Eine Vorschrift über die Abgrenzung der Höhe des Ersatzes hat das B. G. B. direkt nicht gegeben; es spricht kurz von Ersatz überhaupt. Daraus folgt, daß der Gläubiger berechtigt ist, den vollen Ersatz zu verlangen, mag er auch den Wert des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes weit übersteigen.[1])

Andererseits steht dem Schuldner nicht das Recht zu, den Gläubiger zur Annahme des Ersatzes zu zwingen; der Gläubiger kann den Ersatz herausverlangen bezw. sich den Anspruch auf den Ersatz zedieren lassen, — selbstredend dürfen der Abtretung des Ersatzanspruchs nicht die Hindernisse aus den §§ 399, 400 B. G. B. entgegenstehen — ist aber hierzu rechtlich nicht verpflichtet.

Verträge mit alternativem Leistungsinhalt.

§ 17.

Nur, wenn die Erfüllung im Sinne des zugrunde liegenden Vertrages verboten bezw. unmöglich geworden ist, kann von einer Anwendung der besprochenen Regel des § 275 die Rede sein.

Bei Alternativobligationen wird es daher, solange dieselben noch nicht durch eine bindende Wahlerklärung nach § 263 B. G. B. konkretisiert[2]) sind, darauf ankommen, ob das nach Abschluß des Vertrages erlassene gesetzliche Verbot die Erfüllung als solche oder nur die eine von zwei in obligatione befindlichen Leistungen trifft.[3]) Im letzteren Falle ist die Erfüllung selbst noch möglich, nur ist der Kreis der in obligatione befindlichen Leistungsgegenstände ein engerer geworden; das Schuldverhältnis beschränkt sich auf die übrigen Leistungen (§ 265 B. G. B.) Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt mithin im Gegensatz zu der

---

[1]) Vgl. Schollmeyer a. a. O., S. 113.

[2]) Titze (Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bügl. Recht 1900, S. 198) weist mit Recht darauf hin, daß die Konzentration nach § 263 B. G. B zu trennen ist in ihren Folge von der Beschränkung des Schuldverhältnisses nach § 265 B. G. B.

[3]) Vgl. oben Anm. 1. Seite 32.

herrschenden Meinung des gemeinen Rechts dem Schuldner nicht das Recht, sich mit einem Entgelt von seiner Leistungspflicht zu befreien, ebenso wenig wie es dem wahlberechtigten Teile gestattet, an Stelle der verbotenen (unmöglich gewordenen) Leistung Geldersatz zu verlangen oder — wie dies im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten I, 11 § 33—37 der Fall war — vom Vertrage zurückzutreten.

Schwierigkeit macht die Beantwortung der Frage, ob eine Leistung im Sinne des § 265 auch dann als unmöglich anzusehen ist, wenn sie nur zum Teil unmöglich geworden ist.

Schollmeyer[1]) und eine Reihe anderer Autoren sind der Ansicht, daß eine Konzentration auf die noch möglichen in obligatione befindlichen Leistungsgegenstände nur dann eintreten kann, wenn die eine der Leistungen in ihrem ganzen Umfange unmöglich geworden ist. Es leuchtet ein, daß die Konsequenz dieser Auffassung manche Härten in sich birgt. Die nicht wahlberechtigte Partei muß sich mit einem ganz geringen Teil der Leistung abfinden lassen, während die übrigen vollständig bewirkt werden können. Andererseits kann der wahlberechtigte Gläubiger die teilweise unmöglich gewordene Leistung wählen, was wiederum dem Schuldner mit Rücksicht auf die zu prästierende Gegenleistung nachteilig sein kann. Richtig folgert daher Kisch[2]), daß dadurch die wahlberechtigte Partei in die Lage gesetzt ist, sich faktisch im wesentlichen vom Vertrage loszusagen. Aus diesen der Billigkeit nicht entsprechenden Gründen will Titze[3]) die Vorschrift des § 265 B. G. B. allerdings mit gewissen Ausnahmen auch dann angewendet wissen, wenn die eine der Leistungen nur teilweise unmöglich geworden ist. Allein hierfür fehlt es an einer positiven gesetzlichen Vorschrift und eine solche Interpretation aus Billigkeitsgründen läßt sich deswegen nicht

---

[1]) Schollmeyer a. a. O., S. 71. Vgl. ferner Planck a. a. O. zu § 265. Vgl. ferner Kisch a. a. O. S. 227.

[2]) Vgl. Kisch a. a. O., S. 257.

[3]) Vgl. Titze a. a. O., S. 198.

rechtfertigen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch hinsichtlich der Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit als solche auf einem andern Standpunkt steht.

Verträge mit generellem Leistungsinhalt.

§ 18.

Je zahlreicher die den Schuldgegenstand kennzeichnenden Merkmale sind und je enger der Kreis ist, aus welchem heraus diese geschuldet werden, desto mehr nähert sich die Gattungsschuld der Speziesobligation mit Wahlrecht; deswegen werden im allgemeinen die für die letztere entwickelten Grundsätze auch für die erstere maßgebend sein. Der wesentlichste Unterschied zwischen beiden liegt in der der Natur der Gattungsschuld eigenen unbeschränkten Garantieübernahme. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben wird aber der Garantie schon dann ein unüberwindliches Hindernis entgegenstehen, wenn Gegenstände der fraglichen Gattung zwar noch vorhanden, aber nur mit solchen Aufwendungen seitens des Schuldners zu beschaffen sind, die ihm billigerweise nicht zugemutet werden können.

Unbedenklich sind die für die Speziesschuld geltenden Regeln auch für die Gattungsschuld in Anwendung zu bringen, wenn diese schon vor Erlaß des gesetzlichen Verbots in eine einfache Schuld konzentriert ist. Darum ist es für die rechtliche Behandlung des Einflusses der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung von größter praktischer und theoretischer Bedeutung, denjenigen Moment festzustellen, unter welchen Umständen die Konzentration eintritt.

Die diametral auseinanderlaufenden Theorien des gemeinen Rechts hat das Bürgerliche Gesetzbuch für die Praxis durch positive Bestimmungen beseitigt, indem es sich in den §§ 243, Absatz 2 und 300, Absatz 2 in Verbindung mit § 294 bezw. 295 zur sog. Lieferungstheorie bekennt.

2. Kapitel.

Gegenseitige Verträge.

Totale Unmöglichkeit.

§ 19.

Das moderne Recht hat den dem römischen Rechte eigentümlichen Gegensatz, der zwischen Kauf und Miete wie überhaupt zwischen Veräußerungsgeschäften und denen ohne eine solche Natur hinsichtlich der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bestand, überwunden[1 u. 2]) und ausgehend von der Überzeugung, daß sich Leistung und Gegenleistung gegenseitig bedingen und die eine nur das Äquivalent der anderen ist, für alle gegenseitigen Verträge oder durch den gegenseitigen Vertrag als solchen eine unsere Frage betreffende Regel festgelegt.

Dieselbe lautet: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden" (§ 323 B. G. B.).

---

[1]) Vgl. Eck, Vorträge S 29, 8.

[2]) Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt das französische Recht (Art. 1184 code civil.)

Derjenige Teil also, dessen Leistung unmöglich geworden ist, hat keinen Anspruch auf die Gegenleistung; er trägt nach römischem Sprachgebrauch die Gefahr.

Die Frage, wann die Gefahr übergeht, ist nicht allgemeiner Natur und muß für jeden einzelnen Vertrag besonders beantwortet werden.

Hier sei nur erwähnt, daß die gemeinrechtliche Bestimmung über die Gefahrtragung beim Kauf durchaus dem Standpunkt des deutschen und bürgerlichen Rechts widerspricht, nach welchen die Gefahr mit der Besitzübertragung bezw. der Auflassung auf den Käufer übergeht.

Eine Modifikation des allgemeinen Grundsatzes bilden die Bestimmungen der §§ 360, 361 B. G. B. und § 376 H. G. B., wonach der Gläubiger das Recht des Rücktritts hat und das bereits Geleistete nicht nur auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, sondern aus der für ihn günstigeren Vorschrift des § 347 B. G. B. zurückerlangen kann.

Teilweise Unmöglichkeit.

§ 20.

Ist bei synallagmatischen Verträgen die Leistung des einen der Kontrahenten nur teilweise unmöglich geworden, so muß der noch mögliche Teil geleistet werden; keiner der Kontrahenten hat ein Recht zum Rücktritt. Es mindert sich aber die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 B. G. B. (§ 323 Absatz 1, Satz 2). Die Berechnung geschieht nach der sog. relativen Methode, indem die Gegenleistung nicht absolut um soviel gemindert wird, als der unmöglich gewordene Teil beträgt, sondern es liegt der Berechnung der Gedanke zugrunde, daß der Gläubiger zur Zeit des Vertragsabschlusses für die Teilleistung eine verhältnismäßig geringere Gegenleistung versprochen haben würde. Es ist demnach der Unterschied maßgebend, der zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen der vollen und der teilweisen Leistung bestanden haben würde. Sind

mehrere Sachen zu einem Gesamtpreise geschuldet und kann nur ein Teil dieser Sachen nicht geleistet werden, so ist bei der Berechnung der Minderung der Gegenleistung nicht der Wert der einzelnen Sachen, sondern der Gesamtwert aller Sachen in Anschlag zu bringen (§ 472 Absatz 2), weil die Sachen gerade durch ihre Zusammenfassung einen besonderen Wert repräsentieren. Ist der Gesamtwert der noch möglich gebliebenen Leistungen = a, der Gesamtwert der ursprünglich geschuldeten = b und die versprochene Gegenleistung = c, so beträgt der gesuchte Wert $x = \frac{b. c}{a}$. — Die Minderung der Gegenleistung ist leicht zu berechnen, wenn dieselbe in Geld besteht. Ist dies aber nicht oder nicht ausschließlich der Fall, so bestimmt der im § 323 angeführte, analog anzuwendende § 473: „Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.“ Die unvertretbare Gegenleistung muß demnach in jedem Falle ganz bewirkt werden, wofür aber, falls das Geld zur Minderung unzulänglich ist, ein entsprechender Ausgleich an Geld stattfindet.

Keine Vorschriften hat das Bürgerliche Gesetzbuch für den Fall gegeben, daß die Gegenleistung zu keinem Teil in Geld festgesetzt ist. Handelt es sich hierbei um vertretbare Sachen, so werden diese wie Geldleistungen gemindert; werden dagegen nur unvertretbare Leistungen geschuldet, so wird man dem Gedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches dadurch gerecht, daß die ganze Gegenleistung bewirkt, dafür aber der ganze abzusetzende Betrag vom Schuldner vergütet wird.[1])

[1]) Vgl. Protokolle a. a. O., S. 1399; vgl. Planck a. a. O., S. 145.

Ersatzleistungen.

§ 21.

Hat der Schuldner, dessen Leistung unmöglich geworden ist, einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger diesen bezw. die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen, er bleibt aber dann seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet (§ 323, Absatz 2, Satz 1). Dieser erhöht sich nicht, wenn das Surrogat den Leistungsgegenstand an Wert übertrifft, mindert sich aber nach Maßgabe der §§ 472, 473, falls der Wert des Ersatzes bezw. Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt (§ 323, Absatz 2, Satz 2). Die Berechnung der Minderung der Gegenleistung gestaltet sich hierbei ebenfalls wie bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung nach den für die kaufrechtliche Minderungsklage aufgestellten Grundsätzen.

Wegen des durchaus fakultativen Rechts des Gläubigers auf den Ersatz oder die Abtretung des Ersatzanspruchs ist dieser günstiger gestellt als der Schuldner, dem diese Wahl nicht zusteht. Dies tritt besonders dann evident hervor, wenn der Wert des Kommodum höher ist als die ursprünglich geschuldete Leistung, und wenn nur ein Teil der Leistung unmöglich geworden ist. Letzterenfalls ist der Gläubiger nur, soweit die Leistung möglich ist, an den Vertrag gebunden; hinsichtlich des anderen Teils kann er nach freiem Belieben — daher zu seinem Vorteil — entscheiden, ob er den Vertrag als aufgelöst betrachtet oder ob er unter entsprechender Minderung seiner Gegenleistung den Ersatz bezw. die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangt.

6. Abschnitt.

Der Vertrag als solcher erlischt nicht.

§ 22.

Bei den stricti iuris obligationes, deren Inhalt eine von vornherein fest bestimmte oder bestimmbare Leistungspflicht gänzlich ausfüllt, ist beim Wegfall dieser Leistungspflicht ein Bestehenbleiben des Schuldverhältnisses nicht möglich. Wenn aber die Römer durch den Hinweis auf die diligentia patris familias, auf das Verhalten eines gewissenhaften Mannes, einen allgemeinen Maßstab für die Erfüllung von rechtlichen Verbindlichkeiten gegeben haben, so muß das Schuldverhältnis trotz des Unterganges der Forderung bestehen bleiben. Die das Schuldverhältnis beherrschende diligentia patris familias legt der zur Leistung verpflichteten Partei noch andere Verbindlichkeiten auf. So verlangt schon das gemeine Recht, daß der Schuldner den Gläubiger, falls dieser von dem Eintritt des die Unmöglichkeit der Leistung bewirkenden Umstandes keine Kenntnis haben kann, hiervon benachrichtigen muß, um ihn vor Aufwendungen und Rechtsgeschäften zu bewahren, die er bei Kenntnis der Sachlage nicht machen würde und um ihn auch vor weiterem Schaden zu schützen. Si vero intelligit explere id officium non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nuntiare, ut is, si velit alterius opera utetur (l. 27, § 2. D. 17, 1).

Diese Pflicht würde beim gänzlichen Erlöschen des Schuldverhältnisses jeder rechtlichen Grundlage entbehren, weil der Untergang des Schuldverhältnisses logischerweise Befreiung von jeglicher Pflicht im Gefolge hat.

Aus gleichem Grunde fehlte auch für den Anspruch auf das Kommodum eine juristische Erklärung und ein Wiederauf-

leben des Schuldverhältnisses beim Wegfall der Unmöglichkeit wäre nicht möglich; für ein Neuerstehen aber würde eine rechtliche causa nicht vorhanden sein.

Wie könnte anders als beim Fortbestehen des Vertrages der Käufer gemeinrechtlich zur Gegenleistung verpflichtet bleiben? Und aus welchem Grunde sollte der Verkäufer anderenfalls den verabredeten Kaufpreis fordern können?

Der Verkäufer braucht zwar nicht zu leisten und die Forderung des Käufers ist erloschen, aber der Vertrag als solcher bleibt in Kraft.

Auf den ersten Blick scheinen einige Aussprüche des schon öfter zitierten Paulus das Gegenteil zu beweisen, wenn er sagt: Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeporit, et Stichus ex libero servus effectus sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit (l. 83, § 5, de v. o. [45, 1]); und am andern Ort: Respondi, si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, liberor. Nec admissum est quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse, in perpetuum enim sublata obligatio restitui non posse, et si servus effectus sit, alius videtur esse.

Der berühmte römische Jurist hat aber offenbar keine direkte Entscheidung für unser Problem geben wollen.

Wenn er bemerkt, daß die Obligation beim Eingriff eines Gesetzes untergeht und beim späteren Fortfall desselben nicht mehr aufleben kann, so hat er damit nur das besondere Merkmal kennzeichnen wollen, welches ein Gesetz den von ihm betroffenen Sachen aufdrückt.

Eine res sacra, die durch ein Gesetz wiederum eine res profana oder ein Sklave, der von seinem Herrn freigelassen, durch die Bestimmung eines Gesetzes, wieder Sklave geworden ist, können deswegen nicht wiederum Gegenstand der früheren Obligation werden, weil beide durch das Gesetz ganz andere als zuvor geworden sind. Wegen des Mangels der

Identität des Schuldgegenstandes lebt die Obligation nicht auf, nicht etwa deswegen, weil eine rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung im Gegensatz zur faktischen den Vertrag als solchen evanesziert. Auch bei rechtlicher Unmöglichkeit der Leistung behält der Grundsatz: eius commodum esse debet, cuius periculum est, seine volle Geltung!

Nicht minder bleibt nach heutigem Rechte der Vertrag als solcher beim Wegfall der Leistungs- bezw. Leistungs- und Gegenleistungspflicht bestehen. Jeder der Vertragschließenden hat nach § 242 B. G. B. die Pflicht, den Vertrag so zu erfüllen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, d. h. die allgemeine Verpflichtung, den Gegenkontrahenten möglichst vor jedem Schaden zu bewahren, der ihn durch Nichterfüllung treffen könnte. Die sich hieraus ergebende, in der Praxis bestätigte[1]) Benachrichtigungspflicht sowie die Möglichkeit des Wiederauflebens der Erfüllungspflicht, hat aber nur dann eine rechtliche Grundlage, wenn das Schuldverhältnis nicht gänzlich verschwindet.

Auch die Prästation des Ersatzes bezw. des Ersatzanspruchs erklärt sich rechtlich nur aus dem Bestehenbleiben des Vertrages.

Schollmeyer nnd Oertmann,[2]) die entgegengesetzter Ansicht sind, müssen daher zur Begründung ihrer Meinung eine gekünstelte Erklärung geben, indem sie behaupten, das Erlöschen des Vertrages sei kein definitives, es trete vielmehr ein Schwebezustand ein, je nachdem ein Kommodum vorhanden sei oder nicht. Dieser werde endgültig gehoben, wenn der Gläubiger auf den Ersatz bezw. die Abretung des Ersatzanspruchs verzichtet.

---

[1]) Vgl. Seeffurts Archiv Bd. LVI, S. 392; Entscheidung des O. L. G. Hamburg v. 13. Mai 1901 in der Bremer Sache Bakenhus w. Schleppschiffahrts-Gesellschaft „Unterweser".

[2]) Vgl. Schollmeier, a. a. O. zu § 323 B. G. B.; vgl. Oertmann, a. a. O. zu § 323 B. G. B.

Prozessuales.

§ 23.

Für die prozessuale Geltendmachung der in Rede stehenden Ansprüche und die für die Durchführung derselben wichtige Frage der Beweislast, lehrt das gemeine Recht, daß der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung oder genauer die diese substantierenden Tatsachen und sein Unverschulden zu beweisen habe, da es sich um Geltendmachung eines Umstandes handelt, der ihn von seiner Leistungspflicht befreien soll.

Dieselben Grundsätze hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 282 wiederholt: „Ist es streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner".[1])

Dieser Beweis braucht in unserm konkreten Fall nicht geführt zu werden, denn jura novit curia. Wenn das Gerichtsverfassungsgesetz im § 1 den Richter dem Gesetze unterwirft, so muß der Richter selbstverständlich die Gesetze kennen und hat sie von Amtswegen anzuwenden.

Aus diesem Grunde wird der Gläubiger, selbst wenn er im Prozeß die Unmöglichkeit der Leistung nicht zur Sprache bringt, ein Versäumnisurteil nicht erzielen können.

Der Richter hat aber nur die Gesetze seines Staates zu kennen bezw. zu erforschen, und von Amtswegen anzuwenden; fremdstaatliche Rechte muß er nur dann anwenden, wenn er sie zufällig kennt.[1]) Deswegen können ausnahmsweise auch Gesetze Gegenstand des Beweises sein. Da für den Richter nur eine Anstandspflicht[2]) besteht, fremdstaatliche Gesetze zu erforschen, ist es für den Schuldner von größtem Interesse, sich durch den Einwand der Unmöglichkeit der Leistung nach den Vorschriften des § 278, Absatz 1 der Zivilprozeßordnung vor einer eventuellen Verurteilung zu schützen.

---

[1]) Vgl. Motivea. a. O. Bd. II. S. 48; vgl. R. G. E. Bd. LIIX, S. 28.

[1]) Vgl. § 293 Z. P. O.

[2]) Vgl. R. G. E. Bd. XXI, 177.

Zwar kann das eventuell ergehende Urteil keine Grundlage für eine wirksame Zwangsvollstreckung sein, es kann aber andere Nachteile für den Schuldner herbeiführen.

Die Zivilprozeßordnung hat nämlich an keiner Stelle zum Ausdruck gebracht, daß zur Gültigkeit eines Urteils eine mögliche Leistung vorliegen muß; ein solches Urteil wäre also nicht nichtig.[1]) Daher ist der Gläubiger in der Lage, den im § 283 B. G. B. bezeichneten Weg einzuschlagen, indem er dem verurteilten Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist — falls er eine solche nicht schon im Urteil selbst nach § 255 Z. P. O. zum Schutze gegen den Einwand, die Frist sei keine angemessene gewesen, hat festsetzen lassen — bestimmt mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung verweigere. Hiermit gewinnt der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der Frist einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Allerdings tritt die Verpflichtung zum Schadenersatz nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat; dieser Umstand muß aber nach der rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners und bis zum Ablauf der Frist eingetreten sein. Denn nach § 767 Absatz 2 der Zivilprozeßordnung sind Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen der Z. P. O. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Ist dagegen das gesetzliche Verbot erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erlassen und befindet sich der

[1]) Vgl. Planck, a. a. O. Bd. II zu § 275; R. G. E., Bd. LIIII, 28; dagegen hat sich das Reichsgericht anscheinend erklärt (Sächs. Archiv. f. bgl. Recht, Bd. VI, S. 567): „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichtetes Urteil darf nicht erlassen werden, weil es nichtig sein würde.“

Beklagte nicht im Verzuge, — was z. B. bei Klagen auf zukünftige Leistungen häufig der Fall sein wird — oder fällt der Erlaß des Gesetzes zwischen Urteil und Exekution, so steht ihm die Vollstreckungsgegenklage aus dem § 767 Absatz 1 Z. P. O. zu.

Hat der Gläubiger ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung, daß er von seiner Pflicht zur Gegenleistung befreit ist, so kann er diese Klage naturgemäß erheben (§ 256 Z. P. O.); ebenso selbstverständlich kann er die im Voraus bewirkte Gegenleistung unter Berufung auf die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung im Wege der Klage herausverlangen.

Der auf die Gegenleistung verklagte Kontrahent kann anstatt der eventuell von ihm zu beweisenden Einwendung, daß sich beide Verbindlichkeiten infolge der Unmöglichkeit der Leistung des Klägers ganz oder teilweise reduziert haben, die exceptio non impleti contractus erheben, indem er die Frage über die Unmöglichkeit der Leistung offen läßt. Bei der Wahl dieses Verteidigungsweges ist er der Beweispflicht enthoben und beantragt nicht wie im ersten Falle Abweisung der Klage, sondern Verurteilung Zug um Zug (vgl. §§ 320, 322 B.G.B). Dieser Antrag ist aus der Natur der gegenseitigen Verträge gerechtfertigt, bei welchen eine Verpflichtung zur Gegenleistung nur dann gültig entsteht, wenn die Verpflichtung des Gegners gültig entstanden ist (genetisches Synallagma) und bei welchen daher die Verpflichtung des einen Teils nicht ohne Rücksicht auf die des anderen geltend gemacht werden kann (funktionelles Synallagma).

Aus bekannten Gründen kann die Verurteilung Zug um Zug wegen der Unmöglichkeit der Leistung eine fruchtbare Zwangsvollstreckung nicht herbeiführen; die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat insofern einen peremtorischen Charakter.[1])

[1]) Vgl. Schall (Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. LXXIII, S. 438ff; vgl. André, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages S. 128, 162ff. Dagegen verneinen die Möglichkeit einer peremtorischen Funktion: Planck a. a. O. S. 144; Kisch a. a. O. S. 51; Regelsberger in Jherings Jahrb., Bd. XXXX,

Repliziert aber der Kläger, daß seine Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages also nicht Platz greife, so hat er die Umstände (den Erlaß eines fremdstaatlichen Gesetzes), welche die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen, zu beweisen. Kann dann der Beklagte seinerseits beweisen, daß auch er die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten habe, ein Beweis, der sich in unserm Falle aus der Beweisführung des Klägers erübrigen würde, so muß der Richter die Klage als unbegründet abweisen.

Soweit nicht direkte Ausnahmebestimmungen der durch die Klageerhebung begründeten Rechtshängigkeit die Kraft beilegen, die sonst eintretende Wirksamkeit des materiellen Rechts auszuschließen, steht diese der Rückwirkung nicht im Wege. Der kritische Zeitpunkt für die Anwendung eines Gesetzes ist für den Richter nicht der der Klageerhebung, sondern der des Urteils.

In welchem Verhältnis steht aber ein in einem noch schwebenden Rechtsstreite gefälltes Urteil zu dem Erlaß eines Gesetzes mit rückwirkender Kraft?

Nach gemeinem Rechte (Nov. 15, c 1) wurden Rechtsstreitigen, die auf Grund des alten Rechts in erster Instanz entschieden waren, auch in der Appellationsinstanz nach jenem und nicht nach dem inzwischen mit rückwirkender Kraft erlassenen neuen Rechte beurteilt.

Diese Regel mag in dem Charakter des römischen Prozesses ihren inneren Grund gehabt haben, dem modernen Rechte ist sie jedenfalls fremd.

Die Zivilprozeßordnung gewährt den Parteien in den Bestimmungen des § 529 die Befugnis, sich in der Berufungsinstanz anderer Verteidigungs- und Angriffsmittel zu bedienen; eine Grenzbestimmung über die Art der Verteidigungs- und Angriffsmittel ist nicht getroffen, daher auch die Geltendmachung einer Veränderung des objektiven Rechts mit rückwirkender Kraft

S. 262; O.-L.-G. Darmstadt (Senfferts Archiv, Bd. XXXIIX, Nr. 17; O.-L.-G. Hamburg; Senfferts Archiv Bd. XXXX Nr. 191.

nicht ausgeschlossen sein kann. Insofern ist die Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Berufungsgericht ein novum judicium de eadem re (§ 525 Z.P.O.). Die Geltendmachung ist aber nur notwendig, wenn es sich um ein fremdstaatliches Gesetz handelt. welches der Richter nicht kennt, andernfalls muß der Richter das obgedachte gesetzliche Verbot von Amtswegen berücksichtigen, weil er demjenigen Gesetz unterworfen ist, welches zur Zeit seiner Entscheidung gilt.[1])

Dasselbe muß aus naheliegenden Gründen dann statthaben, wenn das Revisionsgericht die Sache in die Vorinstanz zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hat, da sich diese Verhandlung nur insofern von der ersten Berufungsverhandlung unterscheidet, als das Berufungsgericht, an welches die Sache zurückverwiesen ist, die der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegte rechtliche Beurteilung auch seiner Entscheidung zugrunde legen muß (vgl. § 565 Absatz 2 Z. P. O.).

Ebenso hat auch das Reichsgericht, wenn es gemäß § 565 Absatz 3, Nr. 1 in der Sache selbst entscheidet, das neue Gesetz anzuwenden, denn es urteilt hier an Stelle des Berufungsgerichts.[2])

Andererseits hat das Revisionsgericht nur zu prüfen, ob das Urteil der Berufungsinstanz auf einer Verletzung der Gesetze beruht. Da aber der Berufungsrichter ein Gesetz nur dann verletzen kann, wenn es zur Zeit seines Urteilsspruchs Geltung hat[3]), erstreckt sich das Prüfungsrecht des Reichsgerichts auf die damals geltenden Rechtssätze; die Anwendung eines nach dem Urteilsspruch des Berufungsrichters ergangenen gesetzlichen Verbots kann es also nicht verfügen.

Auf Rechtsstreitigkeiten, die durch rechtskräftige Urteile oder Vergleiche entschieden sind, übt der Erlaß eines gesetzlichen Verbots trotz seiner rückwirkenden Kraft keinen Einfluß aus.

---

1) Vgl. R. G. E. Bd. XXXXV, S. 96ff.

2) Vgl. Juristische Wochenschrift 1895, S. 145.

3) Vgl. R. G. E. Bd. XXXXV, S. 422; D. Jur.=Ztg. 1900, S. 95; Vgl. Breslauer Anwaltszeitung 1900, S. 2.

Diese Entscheidungen werden wie im gemeinen[1]) so im modernen Recht der Erfüllung gleichgeachtet und bewirken, daß die in Frage stehenden Rechtsstreite gleichsam aus der Sphäre jeder weiteren richterlichen Beurteilung ausscheiden mit Ausnahme solcher dem Sachen- und Familienrecht angehörigen Rechten und Verpflichtungen, die sich unmittelbar aus dem Gesetze selbst ergeben und immer von neuem entstehen, denen beim Wechsel der Gesetze jede rechtliche Grundlage genommen wird.[2, 3])

Soll die Rückwirkung eines Gesetzes auch auf schon rechtskräftig oder durch Vergleich entschiedene Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden, so muß diese besondere Art der Rückwirkung im Gesetz selbst besonders zum Ausdruck kommen, wofür der Jüngste Reichsabschied ein Beispiel bieten möge, wenn er im § 174 bestimmt, daß nur Vergleiche und geleistete Zahlungen sowie bereits vollzogene Urteile und Executiones die angeordnete Rückwirkung ausschließen sollen.

---

[3]) Vgl. l. 17. C. de fide instrum. 4, 21: nisi jam super his transactum sit vel judicatum, quae retractari non possunt.

[1]) Vgl. Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 1901 S. 21.

[2]) Vgl. Sct. Orfitianum (l. 1. § 12 D. 38, 17) . . . quae judicata, transacta finitare sunt, rata maneant; ferner Preußische Verordnung vom 8. Februar 1811, § 9; Weber a. a. O., S. 15, 209; Glück a. a. O., Bd. I, S. 145.

Lebenslauf.

Am 8. Juli 1881 bin ich, Paul August von Tempski, zu Schlochau in Westpreußen geboren und bin der Sohn des Landgerichts-Sekretärs Albert von Tempski und seiner Ehefrau Emilie, geb. Günther. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und in der katholischen Religion erzogen. Nachdem ich bis Sekunda das Gymnasium zu Elbing besucht habe, bezog ich das Gymnasium zu Braunsberg O.-Pr. und wurde dort Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife entlassen. Zunächst wandte ich mich dem Studium der Mathematik und der Philosophie zu, und zwar ein Semester in Berlin und ein Semester in Breslau; hierauf studierte ich 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaft in Breslau und wurde, nachdem ich mich am 27. Mai 1907 am Oberlandesgericht Breslau der ersten juristischen Staatsprüfung unterzogen habe, am 3. Juni 1907 zum Referendar ernannt und zur weiteren Ausbildung dem Amtsgericht Ohlau überwiesen. Seit dem 1. Oktober 1907 diene ich als Einjährig-Freiwilliger im Grenadier-Regiment König Friedrich III. (2. Schl.) Nr. 11 und bestand am 20. Dezember desselben Jahres das Examen rigorosum.